

الوسيط في شرح القانون المكي

الجزء الخامس

العقود التي تقع على الملكية

المجلد الثاني

الهبة والشركة

والقرض والدخل الدائم والصباح

ول

أحمد الترابي

تتمت - لبنان

الوسيط في شرح القانون الملحق (٥)

العفو الذي تقع على الملكية

الهيبة والشركة
والقرض والدخل الدائم والصحة

تأليف

عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الله

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوماسي من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

الجزء الخامس

مقدمة (*)

١ - التعريف بعقد الهبة ومفومات هذا العقد - نصوصى قانونية :
أوردت المادة ٤٨٦ من التقنين المدني تعريفاً لعقد الهبة في العبارات الآتية :
١ - « الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض » .

(•) مراجع في عقد الهبة : أوبرى ورو وإسمان الطبعة السادسة الجزء العاشر - بودرى وكولان الطبعة الثالثة في الهبات ما بين الأحياء والرصايا الجزء العاشر - بيدان وفواران (Voinin) الطبعة الثانية الجزء السادس - ديموج في الالتزامات الجزء الأول والثاني - بلانيول وريبير وترانسبو (Trinsbot) الجزء الخامس - بلانيول وريبير وبولانجي الطبعة الثالثة الجزء الثالث - كولان وكايتان وديلامورا نديير الطبعة التاسعة الجزء الثالث - جوسران الطبعة الثانية الجزء الثالث - أنسيكلوبيدى دالوز الجزء الثانى لفظ Donation ولفظ Dons manuels .

رسائل : بارتان (Bartin) في نظرية الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للكتاب باريس سنة ١٨٨٧ - أوبنك (Aubenque) في الهبات ما بين الأحياء ، موازنة بمقود المعاوضة مونبليه سنة ١٩٠٣ - رى (Ray) في الهبة باريس سنة ١٩١٢ - قالوار (Valloir) بحث في فكرة التصرفات التبرعية رن سنة ١٩١٩ - شيفالييه (Chevallier) في التكيف القانونى لنفج المسابقات للوظيفة العامة رن سنة ١٩٢٤ - تابال (Timbal) في عطايا المكافأة (donations rémunératoires) تولوز سنة ١٩٢٥ - شامبو (Champeaux) في فكرة التصرفات التبرعية ستراسبورج سنة ١٩٣١ - پاسيل (Pacilly) في الهبة اليدوية كان سنة ١٩٣٦ - بويسو (Bouyessou) في التبرعات المقرنة بالشروط في القانون المدنى الفرنسى تولوز سنة ١٩٤٥ - بونسار (Ponsard) في الهبات غير المباشرة في القانون المدنى الفرنسى ديجون سنة ١٩٤٦

الفقه المصرى : الأستاذ محمد كامل مرسى في الأموال سنة ١٩٣٧ وفي العقود المسماة جزء ٢ سنة ١٩٥٢ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى في العقود المسماة سنة ١٩٥٣ - الأستاذ أكثم أمين الخولى في العقود المدنية سنة ١٩٥٧ - (في الفقه العراقى الأستاذ حسن على الذنون في العقود المسماة بغداد سنة ١٩٥٤) .

الفقه الإسلامى : البدائع جزء ٦ - الزيلعى جزء ٥ - الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات (مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ٦٠٥ وما بعدها - والسنة الثالثة ص ٥١ وما بعدها) ، وفي الهبة والوصية وتصرفات المريض سنة ١٩٣٩ ونحيل إلى الطبقات المبينة فيما تقدم عندما نشير فيما يلى إلى أحد هذه المراجع .

٢ - ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين^(١) .

ولا مقابل لهذا : النص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه كان معمولاً به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٥٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٧٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٦٠١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٥٠٤ إلى ٥٠٦^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٥٩ من المشروع التمهيدى على وجه موافق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة وردت في آخر الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويكون من شأن هذا التصرف أن يثرى الموهوب له » . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة « لعدم ضرورتها » . وأصبحت المادة رقمها ٥١٣ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٣ - ص ٢٤٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٥٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي :

م ٦٠١ : ١ - الهبة هي تملك مال لآخر بلا عوض . ٢ - والصدقة هي المال الذى وهب لأجل الثواب ، وهي في أحكامها كالهبة إلا فيما ورد فيه نص خاص . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى - انظر الأستاذ حسن الذنون في أن الهبة في التقنين العراقى عقد لا إرادة منفردة فقرة ٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني :

م ٥٠٤ : الهبة تصرف بين الأحياء بمقتضاء يتفرغ المرء لشخص آخر عن كل أمواله أو عن بعضها بلا مقابل .

م ٥٠٥ : إن الهبات التى تنتج مفعولها بوفاة الراهب تعد من قبيل الأعمال انصاردة عن مشيئة المرء الأخيرة ، وتخضع لقواعد الأحوال الشخصية المختصة بالميراث .

م ٥٠٦ : إن الهبات التى تنتج مفاعليها بين الأحياء تخضع للقواعد العامة المختصة بالعقود والموجبات ، مع مراعاة الأحكام المخالفة المذكورة في هذا الكتاب . انظر أيضاً م ١٦٩ .

(والحكم لا يختلف عن حكم التقنين المصرى) .

وَيُخْلَصُ مِنْ هَذَا التَّعْرِيفِ أَنَّ لِلْهَبَةِ مَقُومَاتٍ أَرْبَعَةً :

١ — فَالْهَبَةُ عَقْدٌ مَا بَيْنَ الْأَحْيَاءِ (contrat entre vig) .

٢ — بِمُوجِبِهِ يَتَصَرَّفُ الْوَاهِبُ فِي مَالِهِ (transmission de valeur) .

٣ — دُونَ عَوْضٍ (absence de contrepartie) .

٤ — بِنِيَّةِ التَّبَرُّعِ (intention libérale) .

وَيُمْكِنُ الْقَوْلُ : مِنْ النَّظَرِ فِي هَذِهِ الْمَقُومَاتِ ، إِنَّ عَقْدَ الْهَبَةِ يَتَكُونُ مِنْ عَنَصَرَيْنِ : (أ) عَنَصَرٍ مَادِيٍّ (élément matériel) : وَهُوَ تَصَرُّفُ الْوَاهِبِ فِي مَالِهِ دُونَ عَوْضٍ (الْمَقُومَانِ الثَّانِي وَالثَّالِثُ) . (ب) وَعَنَصَرٍ مَعْنَوِيٍّ أَوْ قَصْدِيٍّ (élément intentionnel) : وَهُوَ نِيَّةُ التَّبَرُّعِ (الْمَقُومُ الرَّابِعُ) .

وَنَتَنَاوَلُ بِالتَّحْلِيلِ كَلَامًا مِنْ هَذِهِ الْمَقُومَاتِ الْأَرْبَعَةِ .

٢ — **الرَّهْبَةُ هَبٌّ مَا بَيْنَ الْأَحْيَاءِ** : فَالْهَبَةُ أَوَّلًا عَقْدٌ لَا بَدْلَ فِيهِ مِنْ إِيْجَابٍ

رَقْبُولٍ مُتَطَابِقِينَ^(١) ، وَلَا تَتَعَقَّدُ الْهَبَةُ بِإِرَادَةِ الْوَاهِبِ الْمُنْفَرِدَةِ كَمَا

(١) وَاهِبَةٌ يَتَحَقَّقُ وَجُودُهَا الشَّرْعِيُّ بِمَجْرَدِ الْإِيْجَابِ عِنْدَ أُنَى حَنِيفَةٍ وَصَاحِبِيهِ ، وَقَبُولِ الْمَوْهُوبِ لَهُ عِنْدَهُمْ شَرْطٌ لِتَبَوُّتِ الْمَلِكِ لَهُ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَمْلِكُ إِدْخَالَ شَيْءٍ فِي مَلِكٍ غَيْرِهِ بِدُونِ رِضَا . أَمَّا عِنْدَ زَفَرٍ فَلَا يَتَحَقَّقُ لِلْهَبَةِ وَجُودُ شَرْعِيٍّ إِلَّا بِإِيْجَابٍ وَقَبُولٍ مُتَطَابِقَيْنِ . جَاءَ فِي الْبَدَائِعِ (جُزْءُ ٦ ص ١١٥) : « أَمَّا رُكْنُ الْهَبَةِ فَهُوَ الْإِيْجَابُ مِنَ الْوَاهِبِ ، فَأَمَّا الْقَبُولُ مِنَ الْمَوْهُوبِ لَهُ فَيَسَّرُ بِرُكْنٍ اسْتِحْصَانًا . وَالْقِيَاسُ أَنَّ يَكُونَ رُكْنًا ، وَهُوَ قَوْلُ زَفَرٍ ، وَفِي قَوْلِ قَالَ الْقَبْضُ أَيْضًا رُكْنٌ » . أَمَّا الْقَبْضُ ، فَهُوَ فِي الْفَقْهِ الْخُفِيُّ شَرْطٌ لِنَقْلِ الْمَلِكِ فِي الْمَوْهُوبِ إِلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ . وَقَدْ أَخَذَ قَانُونُ الْأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ بِرَأْيِ زَفَرٍ ، فَصَدَّتِ الْمَادَّةُ ٥٠٠ عَلَى أَنَّ « تَصَحُّ الْهَبَةِ بِإِيْجَابٍ مِنَ الْوَاهِبِ وَقَبُولٍ مِنَ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَالْقَبْضُ يَقُومُ مَقَامَ الْقَبُولِ » .

وَعِنْدَ مَالِكٍ تَمَّ الْهَبَةُ وَتَلَزَمَ بِإِيْجَابِ الْوَاهِبِ . وَيَسْتَطِيعُ الْمَوْهُوبُ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ الْوَاهِبَ عَلَى التَّسْلِيمِ ، فَيَنْتَقِلُ إِلَيْهِ الْمَلِكُ بِالْقَبْضِ . وَلَوْ قَبْضَ بغيرِ إِذْنِ الْوَاهِبِ ، صَحَّ وَانْتَقَلَ الْمَلِكُ إِلَيْهِ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ وَالْحَنَابِلَةِ لَا تَصَحُّ الْهَبَةُ إِلَّا بِالْإِيْجَابِ وَالْقَبُولِ .

سنرى . وهذا هو الذى يميز الهبة عن الوصية ، إذ الوصية تنعقد بإرادة الموصى المنفردة ، ويجوز لهذا أن يرجع فيها ما دام حيا ، فلا تنتج الوصية أثرها إلا عند موته . أما رضاء الموصى له بالوصية بعد موت الموصى فليس قبولا لإيجاب من الموصى ، بل هو تثبيت لحق الموصى له فى الموصى به حتى لا يكسب حقاً بغير رضائه على النحو الذى رأيناه فى قبول المنتفع للاشتراط لمصلحته فى الاشتراط لمصلحة الغير . ويقطع فى ذلك أن الموصى له يكسب الموصى به لا من وقت « قبوله » للوصية بل من وقت موت الموصى ، ولو كانت الوصية عقداً تم بقبول الموصى له لكسب هذا ملكية الموصى به من وقت قبوله لا من وقت موت الموصى . فالهبة إذن تختلف عن الوصية فى أنها عقد لا يجوز الرجوع فيه إلا فى أحوال معينة ، وفى أن أثرها لا يترأخى حتماً إلى موت الواهب . ووصف الهبة فى التعريف الذى أورده التقنين المدنى بأنها عقد يخرج الوصية قطعاً عن أن تكون هبة ، وليس من الضرورى أن يضاف إلى التعريف أن تكون الهبة غير مضافة إلى موت الواهب^(١) .

وما دمنا نقول إن الهبة عقد فهى عقد ما بين الأحياء ، ولا حاجة إلى النص على ذلك صراحة كما قدمنا ، فإن التقنين المدنى المصرى لا يعرف العقد إلا بين الأحياء . ومن ثم تخرج الهبة لما بعد الموت ، وهى الهبة التى يعرفها القانون الرومانى ولا يعرفها القانون المصرى^(٢) . فلا يجوز

(١) قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٢٩ ص ٥٧ - والأستاذ أكرم الخولى فقرة ٥٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ - ١٨ مارس سنة ١٩٤٨ م ٥٩ ص ١٦٧ - وقد عرف القانون الرومانى الهبة لما بعد الموت (mortis causa donatio) بأنها هبة يتجرد بها الواهب عن مال له دون مقابل لمصلحة الموهوب له عندما يخشى أن تكون منيته قد دنت ، كأن يكون موشكاً على الاشتباك فى حرب أو فى مبارزة أو كأن يكون مصاباً بمرض خطير ، ولا ينتقل ملك الموهوب إلى الموهوب له إلا إذا مات الواهب قبله . فإذا نجا الواهب من الموت انفسخت الهبة من تلقاء نفسها .

في القانون المصري أن يعقد الواهب هبة بآنة ويرجى في الوقت ذاته نقل

- ويبيح القانون المدني الفرنسي ضرباً من الهبة تقرب من الهبة لما بعد الموت ، أهمها هي هبة الأموال المستقبلية التي يتضمنها الاتفاق المالي في الزواج (contrat de mariage) ، واهبة ما بين الزوجين (انظر في هذه المسألة في القانون الروماني وفي القانون المدني الفرنسي أوبري وروو إسمان ١٠ فقرة ٦٤٥) .

ويعرف الفقه الإسلامي ، ومع القانون المدني المصري ، الهبة في مرض الموت . وتختلف من الهبة لما بعد الموت في أن هذه لا تنفذ إلا بمرور الواهب كما في الوصية ، أما الهبة في مرض الموت فتنفذ حال حياة الواهب ولو أنه يكون في مرض الموت وقت أن يهب ، فن الساحة العملية إذن تتقارب الهبتان . والهبة في مرض الموت لها على كل حال حكم الوصية ، فلا تنفذ إلا في ثلث التركة ، لو ارث أو لغير وارث .

ويعرف الفقه الإسلامي كذلك العمرى والرقبي . أما العمرى فهي أن يقول شخص لآخر أمرتك كذا مدة حياتك ، حتى إذا مت عادت إليّ إن كنت حياً أو إلى ورثتي إن مت قبلك . وعند الحنفية والشافعية والحنابلة أن الهبة تصح ويلغو الشرط ، فتكون العين ملكاً للمعمر له ثم لورثته من بعده ، وعند المالكية يصح العقد والشرط تنأ : فتكون العمرى تمليك منفعة العين للمعمر له مدة حياته ، فإذا مات رجعت العين إلى المعمر إن كان حياً أو إلى ورثته . أما الرقبى فهي أن يقول شخص لآخر داري لك رقبى ، أى ترتقب موتي ، حتى إذا مت كانت الدار ملكاً لك . فهذه تمليك بات (بخلاف الوصية) أضيف إلى الزمان المستقبل ، فلا تجوز عند الجمهور . وتخرج عند مالك على أنها وصية فتجوز . وهناك صورة أخرى للرقبي : يكون لزيد دار ولبكر دار ، فيشتقان على أن الدارين يكونان ملك من يعيش بعد الآخر ، ويغلب أن يكون ذلك بين الزوجين . وهذه الصورة باطلة عند الجميع - حتى عند مالك - لما فيها من الفرار . انظر في العمرى والرقبي البدائع ٦ ص ١١٦ - ١١٧ - الخرشى ٧ ص ١١١ - ص ١١٢ - المهذب ١ ص ٤٤٨ - المفتى ٥ ص ٦٢٤ - ٦٢٨ - وأنظر المادة ٥٠٤ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكييف الصحيح للراضح لتصرفها هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والضرر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها ، فلا وجود له فيه . ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المشروع هوفيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون . -

ملكية الموهوب إلى ما بعد موته^(١) ، ولا يستطيع أن يفعل ذلك إلا عن طريق الوصية وبإرادته المنفردة التي يجوز له الرجوع فيها كما سبق التول . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إذ تقول : « ويلاحظ أن الهبة عقد يتم في حال الحياة ، أما الهبة لما بعد الموت ، وتختلف عن الوصية في أنه لا يجوز الرجوع فيها إلا حيث يجوز الرجوع في الهبة ، فباطلة ، ويكون الموهوب لورثة الواهب : م ٢/٥٠٤ من قانون الأحوال الشخصية »^(٢) .

٣ - الواهب يتصرف في مال له : ويخصص الهبة بين عقود

التبرع بوجه عام (dispositions à titre gratuit) أن الواهب يتصرف في مال له . ذلك أن الهبة تدخل في عموم عقود التبرع ، وتدخل معها عقود

= بل هو من قبيل الرقبى المحرمة شرعاً (نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة عم ١ رقم ١٩٩ ص ٤٤٩) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم بأن الرقبى باطلة (٢٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٢) ، وفي حكم آخر بأنها وصية مستترة فيكون لها حكم الوصية ، وهذا هو مذهب مالك (٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٨٣) .

(١) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨٦ - ولكنه يستطيع أن يهب مالا في الحال ويؤجل تسليمه إلى ما بعد موته . فثبت للموهوب له في الموهوب حق الملك في الحال (أوبري ورو وإسبان ١٠ فقرة ٦٤٧ ص ٤١١ - وبودري وكولان ١٠ فقرة ٢٣ . أما إذا وهب شخص آخر مالا على ألا يثبت للموهوب له ملك في الموهوب إلا بعد موت الواهب - وهذه هي الهبة لما بعد الموت - فإن هذه الهبة تكون باطلة كما قدسنا . ولكن يصح أن تتحول ، وفقاً لقواعد تحول التصرفات الباطلة ، إلى وصية صحيحة ، فيجوز للمتصرف الرجوع فيها حال حياته ، ولا تنفذ إلا في ثلث التركة (قارب استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٧ ص ١٨٣ - وقارن الأستاذ أكرم الخولي فقرة ٥٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٤ - ومن أخص خصائص الوصية أنها لا تجوز بغير إجازة الورثة إلا في ثلث التركة . أما الهبة فتجوز في كل المال ، ولكن على أن يتجرد الواهب عن ماله حال حياته ، وهذا هو الذي يثنيه عادة عن الهبة .

أخرى كالعارية والوديعة بغير أجر والوكالة بغير أجر والتبرع بأية خدمة أو عمل آخر . وتتخصص الهبة^(١) في أن الواهب يلتزم بإعطاء شيء ، أما في العقود الأخرى^(٢) فالمتبرع يلتزم بعمل^(٣) أو بالامتناع عن عمل^(٤) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يعرف المشروع الهبة تعريفاً يميزها عن غيرها من أعمال التبرعات ، فهي تشترك مع سائر التبرعات - كعارية الاستعمال والوديعة دون مقابل - في أنها تجعل الموهوب له يثرى دون عوض ، وفي أنها تقتزن بنية التبرع . ولكنها تنفرد بخاصية هي أنها من أعمال التصرف ، فالواهب يلتزم بنقل ملكية دون مقابل . ويترتب على ذلك أن الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، كما في عارية الاستعمال والوديعة ، لا يكون هبة وإن كان تبرعاً^(٥) .

(١) هي والوصية ، ويسميان بالمطايا (libéralités)

(٢) ويطلق عليها عادة عقود التفضل أو عقود التبرع بالخدمات (actes de bienfaisance, contrats de services gratuits)

(٣) وقد قضت محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة ، في قضية تبرع فيها أستاذ بإلقاء محاضرات في الجامعة ثم رجع عن تبرعه وطالب بأجر محاضراته ، بأن التطوع لإلقاء محاضرات دون اقتضاء مقابل عنها يجمع بين التبرع بالالتزام بعمل وهو هبة غير مباشرة وبين إسقاط الحق في المقابل الذى تعلق بذمة المدين بإبرائه منه وهو هبة غير مباشرة كذلك (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ١١٠ ص ٢٥٨) . وكان الأول أن يقال هناك إن التصرف ليس هبة بل هو من عقود التفضل ، إذ المتصرف قد تبرع بعمله والتبرع بالعمل لا يمد هبة ولوغير مباشرة ، ومن ثم لا تسرى أحكام الرجوع في الهبة . ولو كان المتصرف قد تبرع بأجر العمل - لا بالعمل ذاته - لكان التصرف هبة غير مباشرة ، ولسرت عليها الأحكام الموضوعية للهبة ومنها جواز الرجوع . وقد اضطرت المحكمة بعد القول بأن التصرف هبة غير مباشرة أن تقول بجواز الرجوع فيها ، ومن ثم بحثت الأسباب التى قدمها المتبرع للرجوع في هبته فلم تجد فيها عذراً مقبولاً .

(٤) ومع ذلك قارن أوبرى ورو وإيمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٣ - وفي الفقه الإسلامى يندرج تحت التبرع ثلاثة أنواع : (١) تبرع محض ، كالهبة والصدقة والوصية والوقف والإعارة . (ب) تبرع ابتداء وهو معاوضة انتهاء ، كالقرض والكفالة واجبة بشرط العوض . (ج) تبرع ضمن عقد معاوضة . كالتحابة في البيع والشراء وكالتزيدة على المهر . انظر الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ٦٠٥ .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٤ - انظر براتار (Boitard) في عقود

التبرع بالخدمات باريس سنة ١٩٤١

فالواهب إذن يتصرف في مال له دون عوض . ومعنى ذلك في الأصل أنه يلتزم بنقل حق عيني إلى الموهوب له . ويتحقق هذا بالتصرف مباشرة في المال ، فينقل الواهب للموهوب له ملكية عقار أو منقول . وليس من الضروري أن يكون الحق الموهوب هو حق الملكية في العقار أو المنقول ، بل يجوز أن يكون حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق حكر أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية^(١) وقد يكون معنى ذلك أيضاً أن يلتزم الواهب للموهوب له بحق شخصي هو إعطاء شيء (obligation de donner) ، فيجوز أن تتحقق الهبة ، لا عن طريق الالتزام بنقل حق عيني ، بل بطريق الالتزام بحق شخصي كأن يلتزم الواهب للموهوب له بمبلغ من النقود ، وهذا تصرف غير مباشر في المال إذ هو إنقاص من مجموع ذمة الواهب .

ولما كانت الهبة تصرفاً في المال ، فقد خرجت الكفالة العينية عن أن تكون هبة . ذلك أن الكفيل العيني ، وإن كان يتصرف في ماله بأن يثقل عيناً مملوكة له برهن ضماناً لدين شخص آخر ، إلا أنه لا يلتزم بنقل حق عيني أصلي لا إلى الدائن ولا إلى المدين . وإذا نزع ملكية العين المثقلة بالرهن وفاء للدائن ، فإن الكفيل العيني له حق الرجوع على المدين بما وفاه من دينه ؛ وإذا نزل عن هذا الحق فإنه يكون متبرعاً به لا بحق الرهن الذي ثقل به العين^(٢) .

(١) وليس من الضروري أن يكون التصرف باتاً ، فيصح أن تكون الهبة معلقة على شرط فاسخ أو على شرط واقف . كذلك يصح أن يكون تسليم الموهوب له مقترناً بأجل ، وقد يكون هذا الأجل هو موت الواهب كما سبق القول .

(٢) وكالكفيل العيني الكفيل الشخصي ، فإنه لا يلتزم إلا بكفالة حق ، وإذا وفى الحق المكفول فإن له حق الرجوع على المدين الأصلي (أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٩) .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن عبارة في هذا المعنى ، فكانت الفقرة الأولى من المادة =

ويخلص مما قدمناه أنه لا يعتبر هبة - وإن كان يعتبر تبرعاً - أن يتمتع المتبرع عن الإثراء ، إذ الواهب يجب أن يفتقر ، بأن يلتزم بنقل حق عيني أو أن يلتزم بحق شخصي بإعطاء شيء كما قدمنا . فإذا رفض الموصي له الوصية ، أو رفض المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير الحق المشروط لمصلحته^(١) ، فليس هذا هبة . ويخلص أيضاً أن الإبراء من الدين وهو نزول عن حق شخصي ، والاشتراط لمصلحة الغير وهو إلزام الغير بحق شخصي للمنتفع ، ليس هبة مباشرة ، وإنما هبة غير مباشرة ، لأنهما لا يتضمنان التزاماً بنقل حق عيني أو التزاماً بحق شخصي^(٢) .

فالهبة المقصودة في هذا الباب هي الهبة المباشرة ، وهي التي لا تتحقق إلا بأن يلتزم الواهب بنقل حق عيني إلى الموهوب له أو أن يلتزم له بحق شخصي بالإعطاء . وهذه الهبة المباشرة هي التي تسرى عليها أحكام الهبة ، فتشترط فيها الشكلية وتستوجب أهلية التبرع ، ويتخفف فيها من ضمان الاستحقاق وضمان العيب ، ويجوز الرجوع فيها إلا في أحوال معينة . وأهم هذه الأحكام هي الشكلية ، وهو حكم تنفرد به الهبة المباشرة .

٦٥٩ من هذا المشروع تنص على أن « هبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض ، ويكون من شأن هذا التصرف أن يثرى الموهوب له » . فهذا الشرط الأخير يخرج الكفالة العينية ، إذ ليس من شأنها أن تجعل اندائن يثرى ، ولكن العبارة حذفت في لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٤ - وانظر آنفاً فقرة ٤٣٤ في خامس) .

(١) انسيكلوبيدي دالوز ، لفظ donation فقرة ٥٠ وقرة ٥١ .

(٢) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : إذ تقول : « ولا يكون الامتناع عن الإثراء من باب أولى هبة ، فإذا رفض الموهوب له الوصية ، أو رفض المستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير آخر المشروط لمصلحته ، فلا يعتبر ذلك هبة منهما . كذلك لا يكون الإبراء من الدين والاشتراط لمصلحة الغير إلا هبة غير مباشرة ، لأنها لا تشمل على التزام ينقل الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٤) .

هذا ويعتبر هبة غير مباشرة أن يلتزم شخص بوفاء دين على الغير ، وأن يقبل شخص حوالة دين على سبيل التبرع أى دون نية الرجوع على المدين الأصلي .

٤ - ووجه هو **عوضه** : والتزام الواهب يجب ألا يقابله عوض ،
إذ الهبة تصرف في المال دون عوض كما ورد في النص (م ٤٣٤ / ١ مدني) .
فهى افتقار من جانب الواهب ، وإثراء من جانب الموهوب له ، وقد
ترتب هذا الإثراء على ذلك الافتقار (١) . ولكنه ليس إثراء بلا سبب .
فلا يستطيع الواهب أن يسترد الهبة إلا في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع ،
إذ الأثراء هنا سببه عقد الهبة .

وليس يمنع أن تكون الهبة دون عوض أن تكون من الهبات المتبادلة
(dons mutuels) . فقد يهب شخص آخر شيئاً ، ثم يهب الموهوب له
شيئاً للواهب ، فتكون الهبتان متبادلتين . وتكون كل منهما دون عوض ،
لأن كلا من الهبتين ليس عوضاً عن الهبة الأخرى ، بل كل واهب قد
وهب بنية التبرع غير ناظر إلى الهبة الأخرى كعوض عن هبته . وينطبق
ذلك أيضاً على الهدايا المتبادلة في مناسبات معينة ، كالأفراح وحفلات
القران وأعياد الميلاد ، فالصديق يقدم هدية لصديقة في إحدى هذه
المناسبات قاصداً التبرع ، ولا ينفي هذه النية عنده أنه يتوقع أن صديقه
سيقدم له هدية في مناسبة مقبلة (٢) .

(١) وليس من الضروري أن تكون قيمة الإثراء معادلة لقيمة الافتقار . ففي عقد التأمين
يكون إثراء المنتفع (الموهوب له) بمقدار مبلغ التأمين ، وافتقار المشرط (الواهب) بمقدار
أقساط التأمين . وقد لا تتعادل القيمتان كما هو الغالب . والمبلغ الموهوب يعتبر أقل القيمتين
(بلانيول وريبيروتانسو هـ فقرة ٣٢٥ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ٦٨ هامش رقم ٢) .
(٢) بلانيول وريبيروتانسو هـ فقرة ٣٣٠ - بلانيول وريبيروبولانجه ٣ فقرة
٣٢٥١ - لپانجل (Lepingle) في العطايا المتبادلة والمتقابلة رسالة من رن سنة ١٩٣٨ -
أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٨ ولكن قارن ص ٤٠٠ .

وقد قضت محكمة الصف بأن ما يقدمه الناس بعضهم لبعض في الأفراح باسم « التهنؤات »
إن هو إلا هبة تتم بالقبض ، ولا حق للواهب في طلب استرداد هبته . وللموهوب له حق ردها
بمثلاها أو أقل أو أكثر منها ، في ظروف كالظروف التي أخذها فيها ، وهذا يكون بالتراضي
لا بحكم القاضي (٢٩ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٧ / ٢ ص ٦٠) .

وتقرر الفقرة الثانية من المادة ٤٨٦ مدني بأنه يجوز للواهب أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين ، ولا يمنع ذلك من أن يكون العقد هبة . فيصح أن يفرض الواهب على الموهوب له التزاماً لمصلحة الموهوب له نفسه ، كأن يهب له مبلغاً من المال ويلزمه إنفاقه في القيام برحلة علمية يفيد منها^(١) ، أو في الإنفاق منه على تحصيل العلم ، أو في شراء عقار أو سندات مالية يدخرها ، أو نحو ذلك مما هو في مصلحة الموهوب له^(٢) . وواضح أن هذا الالتزام إنما قرره الواهب لمصلحة الموهوب له ، فهو والهبة معاً يفيدان الموهوب له فائده محضة^(٣) .

(١) أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٤٩ .

(٢) وقد يشترط الواهب عدم التصرف في العقار الموهوب لمصلحة الموهوب له نفسه .

(٣) أوبري ورو وإيمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٤ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٣٩ .

وقد تكون الهبة لشخص معنوي ويشترط الواهب تخصيص المال الموهوب لبناء مستشفى أو ملجأ أو مدرسة أو نحو ذلك ، وهذا أيضاً في مصلحة الموهوب له إذ يعينه على تحقيق أغراضه الخيرية . وقد تكون قيمة الالتزام المفروض على الموهوب له أكبر من قيمة المال الموهوب ، كأن يهب شخص لجمعية خيرية مبلغاً من المال على أن تنشئ مستشفى تزيد تكاليفه على هذا المبلغ فيبقى مع ذلك التصرف تبرعاً . قارن مع ذلك محكمة استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٥ ، حيث ذهبت ، في قضية تبرع فيها شخص بقطعة أرض لمجلس مديرية المنيا ليقوم ببناء مدرسة أولية للبنات عليها ، إلى أن القعد من عقود المعاوضة غير المسماة ، وأيدها محكمة النقض في ذلك : نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣ .

ويسمى الفقه في بعض الأحيان الهبة المقرنة بالالتزام لمصلحة الموهوب له بالهبة المقيدة ، تمييزاً لها عن الهبة بعوض ، ويكون كل من الهبة المقيدة والهبة بعوض حبة مثقلة بأعباء أو تكاليف . ويجب التمييز بين هذه الهبة المثقلة بالأعباء والتكاليف وبين الهبة المطلقة على شرط فاسخ . فقد يهب شخص زوجته منزلاً ، ويشترط عليها ألا تتزوج بعد وفاته . فيكون هذا الاشتراط إما عبئاً يفترون بالهبة وفي هذه الحالة قد يكون الباعث عليه غير مشروع فيبطل مع بقاء الهبة ، وإما شرطاً فاسخاً إذا تحقق انفسخت الهبة من تلقاء نفسها . ومعيار التفرقة بين العبء والشرط الفاسخ أن الواهب في حالة العبء أراد إلزام الموهوب له بتحمله ضرورة ، أما في حالة الشرط الفاسخ فقد ترك له الحرية بين التزامه فتيقأ الهبة أو عدم التزامه فتنفسخ (انظر في هذا المعنى لأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ٧٨ هامش رقم ٢) .

على أنه يجوز أن يكون الالتزام مفروضاً لمصلحة الواهب له ، وقد أوردت المادة ٤٩٩/١ مدني مثلاً لذلك عندما نصت على أنه « إذا اشترط الواهب عوضاً عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزماً إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ، هذا ما لم يتفق على غيره » . فيصح إذن أن يشترط الواهب على الموهوب له أن يني بما عليه من دين بعد أن تجرد له عن المال الذي كان يصح أن يني منه هذا الدين ، وما دام أقل من قيمة المال الموهوب فإن الفرق بين هذه القيمة والدين يعتبر هبة بلا عوض (١) . والفقرة الثانية من المادة ٤٩٩ مدني تفترض التزاماً في ذمة الموهوب له بوفاء الدين ، وذلك « إذا كان الشيء الموهوب مثقلاً بحق عيني ضماناً لدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك » . وسنتناول نص المادة ٤٩٩ مدني تفصيلاً فيما يلي (٢) .

وإذا كانت الهبة لا تتحقق إلا إذا كانت سبباً في إثراء الموهوب له ، فذلك لا يمنع من أن تكون بعوض ، ويكون المقدار المتبرع به في هذه الحالة هو الفرق بين قيمة المال الموهوب والعوض المشروط ، بحيث إذا تبين أن قيمة العوض المشروط تعادل قيمة المال الموهوب أو تقاربها كان العقد معاوضة لا هبة (٣) . وإذا تبين أن الشيء الموهوب أقل في القيمة من العوض المشروط - ويتحقق ذلك غالباً إذا كان الموهوب له على غير بينة من أمره - لم يكن الموهوب له ملزماً بأن يؤدي من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء

(١) أنسيكلويدي داللو ٢ لفظ donation فقرة ٤٣

(٢) انظر فقرة ٥٥٥

(٣) بودري وكولان ١٠ فقرة ١٦ - أنسيكلويدي داللو ٢ لفظ donation فقرة

٣٩ - فقرة ٤٠ - وقد يكون التصرف مختلطاً يدور بين المعاوضة والهبة ، كما في البيع بمحاباة ، وسنرى أن الهبة تكون هنا هبة مستترة لا تستوجب الشكاية (انظر ما يلي فقرة ٤٨٤ - وانظر أوبري وروو إسبان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٩) .

الموهوب (م ٤٩٨ مدني)^(١) . والعوض إما أن يشترط لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة (م ٤٩٧ مدني) ، وسيأتي بيان ذلك تفصيلاً فيما يلي^(٢) . وقد يكون العوض إيراداً مرتباً مدى الحياة لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي ، وقد يعادل هذا الإيراد ربع العين الموهوبة أو يزيد عليه ، وقد يهب الشخص ماله لآخر ويشترط عوضاً لذلك النفقة عليه ، فلا يمنع العوض في كل هذه الحالات من أن يكون العقد هبة بمقدار الفرق بين العين الموهوبة والعوض^(٣) كما سبق القول .

٥ - نية التبرع : ولا يكفي لتحقيق الهبة أن يتصرف الواهب في مال له دون عوض ، بل يجب إلى جانب ذلك قيام العنصر المعنوي في الهبة ، وهوية التبرع^(٤) (animus donandi, intention libérale) . فقد يتصرف الشخص في ماله دون عوض ولا تكون عنده نية التبرع^(٥) ، كأن يوفى

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع المهيئ : « ولا يبنى نية التبرع أن يشترط الواهب عوضاً لهبة ، والعوض هو التزام ينشئ عقد الهبة في ذمة الموهوب له لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة ، على تفصيل سيأتي . ويكون العوض عادة أقل من الهبة ، ولا يجوز على كل حال أن يكون أكبر منها وإلا فالموهوب له لا يؤدي منه إلا بقدر الموهوب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٤) .

(٢) انظر ما يلي فقرة ٤٢٢ وما بعدها وفقرة ٥٥١ وما بعدها .

(٣) فإذا تبين من الظروف ، وبخاصة من سن الواهب وحالته الصحية ، أن ما أعطاه يعادل الإيراد الذي اشترطه كان العقد في هذه الحالة يماً لا هبة .

(٤) ونية التبرع مسألة نفسية ، والمبرة فيها بما يقوم بنفس المتبرع وقت التبرع ، هل قصد تضحية من جانبه دون أن يقصد منفعة فتوافر نية المتبرع حتى لو جنى فيما بعد منفعة لم تدخل في حسابه ، أو قصد من وراء تبرعه منفعة تعود عليه فتفتى نية التبرع حتى لو تخلفت هذه المنفعة . وما عسى أن يقصده المتبرع من منفعة من وراء تبرعه لا يدخل بطبيعة الحال في نطاق العقد ، وإلا كانت المسألة تتعلق بعوض الهبة لا بنية التبرع . انظر في ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٣٢ - فقرة ٣٣ .

(٥) بلانيول وريبير وترانسو فقرة ٣٢٤ - فقرة ٣٢٥ - بيدان ٦ فقرة ٧ - =

بالتزام طبيعي ، فهو لا يتبرع وإنما يوفي ديناً وإن كان لا يجبر على الوفاء به ، فيكون تصرفه هذا وفاء لا هبة . ولا يستطيع الرجوع فيه ، حتى في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع في الهبة ، كما لا يستوجب الرسمية (١) . ومما يعتبر وفاء بالتزام طبيعي تجهيز الأب ابنته ، أو إعطاء الأب ابنه المهر ليعينه على الزواج . أو إعطاؤه مبلغاً من المال ينشئ به متجراً أو نحو ذلك ، ففي جميع هذه الأحوال إنما يوفي الأب بالتزام طبيعي ، فهو لا يتبرع . ويكون تصرفه هذا وفاء لا هبة (٢) .

وتتقن نية التبرع في عطايا المكافأة (dons rémunératoires) ، وهي العطايا المقدمة للإثابة على خدمة أو صنيع . فمن ينفخ خادماً له مبلغاً من المال مكافأة له على إخلاصه في العمل لا يعطى هبة ، ولكنه يفي بالتزام طبيعي . ذلك أن عطايا المكافأة أو هبات المجازاة تكون معاوضة إذا كانت وفاء لالتزام طبيعي (٣) .

= فقرة ١٠ وفقرة ٢١ - فقرة ٢٧ ، جوسران في البواعث في التصرفات القانونية فقرة ٢٥٤ وما بعدها - كولان وكايتان ٣ فقرة ٨٢١ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٣ فقرة ٣٢٣٥ وما بعدها - شامبو (Champeaux) في فكرة التصرفات التبرعية رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٣١ .

(١) استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢٧ .

(٢) استئناف مختلط ٥ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٢ - ٢٦ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩

ص ٣٨٧ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٥ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٧ (بالنسبة إلى القانون اليوناني) - محكمة مصر الكلية المختلطة ١٩ فبراير سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٠٣ (بالنسبة إلى القانونين الفرنسي والألماني) .

(٣) ويوجد هذا الالتزام الطبيعي بقيود ثلاثة : أن تكون الخدمات مقدرة القيمة أي يمكن تقديرها بالنقود ، وألا يكون في تأديتها وفاء بالتزام مدني ، وألا تكون قد قدمت على وجه التبرع (تمال Timbal ص ١٤٥ - ص ١٤٩ - بودري وكولان فقرة ١١٣٥ - أوبري وزو وإسمان ١ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٧ - انسيكلويدى داللو لفظ donztion فقرة ١٥ وفقرة ١٧ - وانظر في الفقه والنضاء في مصر الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٦٨ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٣٧ - استئناف وطني ١٧ فبراير =

وتنتج نية التبرع أيضاً في المكافآت السنوية التي تعطيها الشركات لمستخدميها وللعمال بالإضافة إلى مرتباتهم . فهذه عطايا لا تعتبر هبة ، بل هي جزء من المرتب وإن كانت جزءاً غير ثابت^(١) . والنفقة (البقشيش) التي يتفحها العميل لخدمة المقاهي والمكائيم والفنادق وما إليها لا تعتبر هبة ، بل هي جزء من الأجر ترتب بحكم العرف^(٢) .

وقد يعطى الشخص مالا ولكنه لا يقصد به التبرع المحض ، بل يقصد جنى منفعة مادية أو أدبية ، فتنتج في هذه الحالة نية التبرع . ولا يعتبر التصرف هبة . فإذا أعطت البلدية أرضاً دون مقابل لشركة لتشيء عليها فندقاً في مصيف أو مشي ، وقد قصدت البلدية بهذه العطية رواج المصيف أو المشي ، فقد قصدت جنى منفعة مادية . وانتفت عندها نية التبرع ، فلا يعتبر تصرفها هبة^(٣) . وإعطاء الحكومة أرضاً بشرط تعميرها لا يعتبر

١ - سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ٢٦٥ - ١٦ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٢٤٣ - استئناف مخطط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٨ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠ . وفي مصر يحسن عدم التشدد في بعض هذه الشروط ، وبخاصة الشرط الذي يقضى بأن الخدمة يجب أن تكون مما يمكن تقديره بالنقد ، فالإثابة على إنقاذ الحياة أو الشرف - وهذه خدمات لا تقدر بمال - أولى أن تكون وفاء بالتزام طبيعي (انظر في هذا المعنى الأستاذ أكرم الخول هرة ٢٦١ ، وقارن استئناف مخطط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠) .

(١) بلانيول وريبير وترانسو ه فقرة ٣١٨ - بلانيول وريبير وبولانجي ه فقرة ٣٢٤٠ - روست وديران في التشريع الصناعي فقرة ٢٨٨ - وقارب أوبري ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٦ - وانظر نقض فرنسي (الدوائر المتحدة) في ه أغسطس سنة ١٩٤١ جازيت دي باليه ١٩٤١ - ٢ - ٢٧٤ .

(٢) قارب أوبري ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٦ - ٣٩٧ - وانظر عكس ذلك بلانيول وبيروترانسو ه فقرة ٣١٧ - بلانيول وريبير وبولانجي ه فقرة ٣٢٤١ - أنسيكلوبيدي دالورز ٢ لفظ donation فقرة ٢٦ .

(٣) وكانت بلدية مرسيليا أعطت لبلانيون ثالث قطعة أرض ليشيد عليها قصراً ، فلما سقطت أقامت البلدية دعوى مطالبة ببطالان التصرف باعتبارها هبة لم تسنوف الشكلية الواجبة : =

هبة^(١) . وإذا أعطى شخص مالا لوزارة الأوقاف لتبنى به مسجداً واشترط أن يدفن فيه ، انتفت عنده نية التبرع ، إذ يكون قد قصد بذلك جنى منفعة أدبية ، فلا يكون تصرفه هبة . ومن يعطى مالا لإنشاء مدرسة أو مستشفى ، ويشترط أن تسمى المؤسسة باسمه ، فإنه يكون قد قصد جنى منفعة أدبية . ولا يعتبر تصرفه هبة^(٢) .

= فنهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن التصرف هنا معاوضة لا تستوجب الشكلية ، لأن البلدية لم يكن عندها نية التبرع بالأرض ، بل قصدت جنى منفعة مادية من وراء هذا التصرف لما يعود على الجهة من خير مادي لو شيد الإمبراطور القصر فيها (نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٤-١-٤٣٩- وانظر أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٤ وهامش رقم ٩) . وإذا أعطى شخص أرضاً لوزارة المعارف لتبنى عليها مدرسة ، أو أرضاً لوزارة العدل لتبنى عليها محكمة ، وهو يقصد من هذا التصرف أن يصنع أراضيه الأخرى المجاورة لهذه الأرض التي أعطاه ، لم يكن التصرف بنية التبرع فلا يكون هبة . وإذا نزل شخص عن أرض لوزارة الأشغال لحفر ترعة تيسر عليه الري ، أو دفعت شركة أراض مبلغاً من المال لإنشاء طريق يصنع أراضها ، ففي جميع هذه الأحوال لا يجوز للتصرف أن يحتاج بعدم رسمية الهبة فإن العقد معاوضة لا تستوجب الهبة (قالوار ص ١٠٤ - شيفاليه ص ٣٣ وما بعدها) : وإذا تبرع الوصي لهجوره بمال بعد بلوغه سن الرشد وكان ذلك حتى لا يظن في حساب الرصاية ، فإن التصرف لا يكون هبة لأنه ليس مصحوباً بنية المتبرع (أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٢) . وإذا نزل دائنو المفلس في الصلح معه عن جزء من ديونهم ليتبرع لهم الحصول على الباقي ، لم يكن هذا تبرعاً . وانتفاء فكرة التبرع مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٤) .

(١) محكمة مصر ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٦٩ - ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية في قضية تنازل فيها شخص لمجلس مديرية البحيرة عن قطعة أرض لبناء مدرسة أولية عليها ، وتمهد بتسليمها للمجلس بموجب عقد عرفي ثم لم ينفذ تعهده ، بأن هذا عقد هبة وقع باطلاً لحصوله بمقد عرفي (١٧ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٤١١ ص ٥٣٧)

(٢) أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٤ ص ٣٩٥ - وإذا تبرع ثرى لعمل خيري للحصول على لقب لم يكن تصرفه هذا هبة لانتهاء نية التبرع .

والمقصود بالمنفعة الأدبية أن تكون منفعة ذاتية للمتبرع ، فلا يكفي بطبيعة الحال لتبنى نية المتبرع أن يكون من تبرع لإنشاء مستشفى قد قصد المعاونة في مكافحة المرض ، أو لإنشاء مدرسة =

فيجب إذن في الهبة أن تتمحض نية الواهب للتبرع^(١) ، دون أن يقصد وفاء بالتزام طبيعي ، ودون أن يهدف إلى الإثابة على صنيع ، أو إلى جنى منفعة مادية أو أدبية^(٢) .

٦ - خصائص الهبة واستباحتها ببعض التصرفات الأخرى :

والهبة التي بسطنا مقوماتها فيما تقدم هي الهبة المباشرة كما سبق القول .

= قد قصد المساهمة في نشر التعليم ، فهذه ليست منافع ذاتية للتبرع ، بل هو قد توخى تحقيق المصلحة العامة . وهناك جانب من الفقه يذهب إلى أن المنفعة الأدبية لا تكفى لنى وصف الهبة حتى لو كانت ذاتية ، خفاء العنصر النفسى في هذه الحالة ، ولكن الرأى الغالب فى الفقه المصرى هو أن المنفعة الأدبية الذاتية تكفى لنى وصف الهبة (نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٤٢ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٣٤) .

(١) وقد تكون نية المتبرع منصرفة لا إلى المتعاقد الآخر بل إلى الغير ، كالكفيل إذا كفل المدين دون مقابل ، وقد انصرفت نية المتبرع هنا إلى المدين المكفول لا إلى الدائن ، وتكون الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن وتبرعاً بالنسبة إلى المدين . وكذلك الاشتراط لمصلحة الغير دون مقابل من المنتفع قد انصرفت فيه نية التبرع إلى الغير وهو المنتفع ، ويكون الاشتراط معاوضة بالنسبة إلى كل من المشرط والمتعهد ، وتبرعاً بالنسبة إلى المنتفع . ولكن يلاحظ أن الهبة هنا ليست هبة مباشرة ، فهي فى الكفالة تبرع بمعناه العام ، وهى فى الاشتراط لمصلحة الغير هبة غير مباشرة .

(٢) ويخلص مما قدمناه أن عناصر الهبة تتفاوت فى أرجحيتها تبعاً للقواعد المراد تطبيقها . فإذا أريد تطبيق قواعد الهبة المتعلقة بحماية الواهب ، كوجوب الشكلية وجواز الرجوع واشتراط أهلية خاصة ، رجح العنصر المعنوى للهبة وهو نية التبرع ، ووجب أن تقوم هذه النية متمحضة حتى تسرى هذه القواعد . وإذا أريد تطبيق قواعد الهبة المتعلقة بحماية ورثة الواهب ، رجح العنصر المادى ، وبخاصة ما يرجع منه إلى افتقار الواهب دون مقابل يأخذه . وإذا أريد تطبيق قواعد الهبة المتعلقة بحماية دائئى الواهب ، رجح هنا أيضاً العنصر المادى ، وبخاصة ما يرجع منه إلى إثراء الموهوب له دون مقابل يمطيه . فالنسيبة إذن تسود الهبة ، ويرجح عنصر أو آخر من عناصرها تبعاً للقواعد المراد تطبيقها ، وبالنسبة إلى هذه القواعد دون غيرها (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وترانسو ٥ فقرة ٣٣٣ - بلانيول وريبير بولانجي ٣ فقرة ٣٢٣٤ - فالوار ص ١٢٨ - تامبال ص ١٥٩ وما بعدها - أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٥٥ - فقرة ٦٠ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ٨٣ - ص ٨٥ الأستاذ أكرم الخولى فقرة ٦٦) .

وهذه لها خصائص ، من أهمها أنها عقد شكلي^(١) وقد يكون عينيا في المنقول كما سئى ، وأنها عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواهب فلا يلتزم الموهوب له بشيء إلا إذا اشترط العوض فتكون الهبة ملزمة للجانبين ، وأنها عقد تبرع^(٢) إذ من مقوماتها نية التبرع كما قدمنا . ويجوز أن تستر الهبة وصية ، وقد رأينا فى عقد البيع كيف يستر البيع الوصية ، فكذلك الهبة . ويعتمد الموصى إلى إفراغ وصيته فى صورة هبة ، ويشترط عادة استبقاء المنفعة وعدم تصرف الموهوب له فى العين الموهوبة . فإذا استخلص القاضى من ظروف التعاقد أن التصرف الحقيقى هو وصية يسترها عقد الهبة ، أجرى عليها أحكام الوصية فلا تنفذ بغير إجازة الورثة إلا فى ثلث التركة^(٣) . ولكن الذى يقع عادة فى العمل هو ستر الوصية ببيع لاهية ، فالبيع أكثر صلابة من الهبة فى ستر الوصية ، وقد بسطنا القول فى ذلك عند الكلام فى البيع .

(١) وقد فرضت الشكلية لأن الواهب يتجرد من ماله دون مقابل ، وهذا ضار به وبورثته من بعده . فالتصرف خطير ينبه المشرع إلى خطره عن طريق اقتضاء الرسمية فيه ، حتى يتسع الوقت للواهب فيتدبر أمر هذا التصرف ، وهل يعمى فيه أو ينثنى عنه .

(٢) ولما كانت الهبة تبرعاً فقد اشترطت فيها الشكلية لخطرها . كذلك اشترطت فيها أهلية خاصة ، فأهلية التبرع أضيق بكثير من أهلية التصرف . وجعلت هبة المال المستقبل باطلة ، وجعل النفل فى الشخص جوهرياً ، وخف ضمان الاستحقاق وضمان العيب ، وجاز الرجوع فيها إلا لمانع ، ويسر فيها الطعن بالدعوى البولصية . وكل هذه أحكام ترد إلى أن الهبة خروج عن المال دون مقابل ، فوجب أن يقوم فى شأنها من التحولات ما لا يقوم فى شأن المعاضات .

(٣) وقد تستر الهبة أو الوصية وقفاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تصرف مسيحى بالوصية والإيهاب والوقف على الكنائس والفقراء وعلى بناته ، على أن كل من مات من بناته يكون نصيبها لأولادها بالتساوى ، فإن لم يكن لها ولد فيكون نصيبها إلى أخواتها ، وهكذا إلى انقراض الذرية ، فيكون ما أوصى به وقفاً مؤبداً وحسباً مخلداً يصرف ريمه على جهات البر المعينة ، فإن هذا التصرف ليس وصية ، بل هو فى الواقع وقف مضاف إلى ما بعد الموت ، لأن القانون المصرى لا يعرف الوصية بحق الانتفاع المؤبد إلا إذا أخرجها الموصى مخرج الوقف بالأوضاع المروقة (نقض مدنى ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤) .

ويجوز أن يسر البيع الهبة ، ليكون العقد هبة في صورة بيع ، ويذكر في العقد ثمن صوري لا ينوي البائع أن يتقاضاه ، فيكون العقد في هذه الحالة هبة لا بيعاً^(١) . تجرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع ، ولكنه يعفى من الرسمية على النحو الذي سنبسطة فيما يلي :

ويجوز أن يلتبس البيع بالهبة إذا كانت الهبة مقترنة بعوض . وما دام العوض أقل قيمة من الموهوب ، فالفرق هبة . ولكن إذا كان العوض يعادل قيمة الموهوب أو يقاربها ، فالعقد معاوضة لا هبة ، ويكون بيعاً أو مقايضة بحسب طبيعة العوض .

٧ - الهبة في التقنين المرنى الجدير لا تتصل بالميراث - الشريعة

الإسبوعية والقانون الفرنسي : وبلا حظ أن التقنين المدني الجديد قد نظم عقد الهبة تنظيمًا كاملاً كما سنرى . وقد اقتبس كثيراً من أحكامه من الفقه الإسلامي لا من القانون الفرنسي ، واقتبس بوجه خاص من الفقه الإسلامي أن الهبة لا تتصل بالميراث كما تتصل في القانون الفرنسي .

ففي القانون الفرنسي تتصل الهبة اتصالاً وثيقاً بالميراث ، إلى حد أنه يتقرر على الموهوب له للورثة حقان : حق الرجوع (droit de rapport) إذا كانت الهبة لوarith فيجب على الموهوب له الوarith أن يرجع الهبة إلى التركة بعد موت الواهب فتوزع على جميع الورثة كل بقدر نصيبه ، وحق

(١) نقض مدني ١٠ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٢ ص ٢٩٨ - ١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧ - ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤ - ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٩ ص ٣٧٩ - ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤ .

والواقع من الأمر أن الهبة السافرة نادرة في التعامل ، وأكثر ما يقع هو أن تستتر الهبة في صورة بيع ، فتعفى من الرسمية . بل قد تكتب الهبة المستترة بالبيع في ورقة رسمية . ويقصد من سترها بالبيع هو أن تكسب صلاية عقود المعاوضة ولو في الظاهر .

الإنقاص (droit de réduction) إذا كانت الهبة لغير وارث وكانت تزيد على نصاب الوصية . فالهبة والوصية في القانون الفرنسى متصلتان على هذا النحو اتصالاً وثيقاً بالميراث .

أما في الشريعة الإسلامية ، وقد سار على غرارها التقيين المدني المصري ، فلا تتصل الهبة بالميراث إلا إذا كانت صادرة في مرض الموت ، وعند ذلك يكون لها حكم الوصية ولا تجوز إلا في الثلث . وليس هذا خاصاً بالهبة وحدها ، بل كل تصرف يصدر في مرض الموت على سبيل التبرع يكون له حكم الوصية . فإذا صدرت الهبة في صحة الواهب . لم يكن لها حكم الوصية ولم تتصل بالميراث ، بل يجوز للشخص أن يهب جميع أمواله ولو لوارث ولا يتقيد بالثلث . ذلك أن الهبة تجرد عن المال في الحال ، فاعتمدت الشريعة الإسلامية في الحد من الإسراف في الهبة على الطبيعة البشرية إذ لا تطيب نفس الإنسان عن التجرد عن ماله في الحال إلا بقدر . أما الوصية فلا تنفذ إلا بعد الموت ، فلا يبالي الإنسان أن يخرج عن كل ماله ما دام ذلك لا ينفذ إلا بعد موته ، فوجب الحد من الإسراف في الوصية لحماية الورثة ، فتقيدت بالثلث على ما قدمنا

٨ - تنظيم عقد الهبة في التقنين المدني السابق : لم يتناول التقنين

المدنى السابق عقد الهبة بتنظيم شامل ، بل اقتصر على إيراد ضمن أسباب نقل الملكية . وعنى بوجه خاص بالشكل الذى يجب أن تفرغ فيه الهبة ، فذكر أنها لا تتم إلا بورقة رسمية ، ما لم تكن مسترة تحت اسم عقد آخر ، أو كانت هبة منقول فيجوز أن تتم بالقبض (م ٧٠ / ٤٨ - ٧١ / ٤٩) . ثم ذكر بعض أحكام موضوعية متناثرة ، بعضها يتصل بموت الواهب أو فقده لأهليته قبل قبول الهبة (م ٥٠ / ٧٢) ، وبعضها يتصل بقبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان هذا قد مات قبل القبول (م ٥١ / ٧٣) ، وبعضها يتصل بالهبة والوقف إضراراً بحقوق الدائنين (م ٥٣ / ٧٦ و ٧٤

مختلط) . وقد قصد التقنين المدني السابق أن يكل بقية الأحكام الموضوعية في الهبة إلى الفقه الإسلامى ، إذ اعتبرها من موضوعات الأحوال الشخصية (١) .

وهذا التنظيم غير الشامل لم يكن له مبرر ، بل إن وضع الهبة ضمن أسباب نقل الملكية لم يكن له محل بعد أن تقدم ذكر العقد ، فالهبة تنقل

(١) الأستاذ محمد كامل مرسى فى الأموال فقرة ٦٠٨ - فقرة ٦٠٩ ، وفى العقود المسماة ٢ فقرة ١ - فقرة ٢ - دى هلتس ٢ لفظ donation فقرة ٥ . وقد كانت المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية تنص على أنه « ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر . . فى مسائل الهبة والوصية والموارث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية » .

وقد قضت محكمة النقض بأن الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثراً قانونياً فى حياته الاجتماعية ، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصاً لصغر سن أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هى من الأحوال العينية ، لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية - وكأها من عقود التبرعات - تقوم غالباً على فكرة التصديق المنسوب إليه ديانة . فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية ، كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصراً دينياً ذا أثر فى تقرير حكمها . على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شئ مما تختص به من تلك العقود ، فإن نظرها فيه بالبداية مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانوناً لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤) .

على أنه لم يكن يخرج من اختصاص القاضى الأهل استظهار نية المورث فى العقد ، هل كانت نية البيع أو الهبة أو الوصية (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ ص ٢٢٧ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧) .

وكانت الهبة محكومة بقانونين لكل مجالبه فى التطبيق : القانون المدنى فيما أورده من أحكام لها بالذات مكملة بالأحكام العامة للالتزامات ، وقانون الأحوال الشخصية فى غير ذلك من مسائلها (نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨١ ص ٣٩٠ - ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ ص ٥٧٣) .

الملكية كعقد فذكر العقد يغني عن ذكرها . وكان الأولى نقل الهبة من هذا الموضع إلى مكانها الطبيعي بين العقود المسماة ، فثلى البيع والمقايضة ، وأن تنظم تنظيمًا شاملاً من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع .

٩ - تنظيم عقد الهبة في التقنين المدني الجديد : وهذا هو ما فعله

التقنين المدني الجديد . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أهم تجديد استحدثه المشروع فى عقد الهبة أنه أورد أحكامها كاملة فى الشكل وفى الموضوع . والتقنين الحالى (السابق) يكاد يقتصر على إيراد أحكامها فى الشكل ولم يذكر من أحكامها الموضوعية إلا الشيء القليل . وقد نظر المشروع فى ذلك إلى أن الهبة عقد مالى كسائر العقود . فينبغى أن يستوفى التقنين المدني أحكامها جميعاً وأن يضعها فى مكانها بين العقود الأخرى ، لا كما فعل التقنين الحالى (السابق) وقد انتبذ بها مكاناً لا يخطر على البال . واستمد المشروع الأحكام الموضوعية فى الهبة من الشريعة الإسلامية ، وبخاصة من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا حيث قننت هذه الأحكام . أما الأحكام المتعلقة بالشكل فقد استبقى المشروع فيها التقنين الحالى (السابق) مع شيء يسير من التعديل » (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤١ . ثم تقول المذكرة الإيضاحية بعد ذلك : « ويمكن القول بوجه عام إن المشرع أكسب عقد الهبة صلابة وقوة فى الإلزام على النحو الذى ينبغى أن يكون لعقد هو - وإن كان تبرعاً - ملزم للمتعاقدين كسائر العقود » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٢) .

هذا وهبة الأجنبى تكيف بحسب قانونه ، فإن كان هذا القانون يعتبر الهبة داخلة فى الأحوال الشخصية طبق على هبته قانون أحواله الشخصية . وقد نصت المادة ١٤ من قانون نظام القضاء على أن « تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبره كذلك » . ومن ثم ينظر إلى بلد الأجنبى الصادر منه الهبة ، فإن كان هذا البلد يعتبر الهبة داخلة ضمن مسائل الأحوال الشخصية - كما هى الحال فى فرنسا مثلاً - سرت على هبته أحكام قانون بلاده ، وإلا اعتبرت هبته مى المعاملات المدنية وسرى عليها ما يسرى على سائر العقود : =

١٠ - **خط: البحث :** ونبحث عقد الهبة في فصلين متعاقبين ، الأول منهما في أركان الهبة ، والثاني في أحكامها وتشمل الآثار التي تترتب عليها وجواز الرجوع فيها .

= نقض ملئ أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤ - استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ (القانون اليوناني) - ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢٧ (القانون اليوناني) - ٣ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٦ (القانون اليوناني) - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٢٧ (القانون الإيطالي) - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٨١ (القانون الإيطالي) - أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٥ (القانون الإيطالي) - محكمة الإسكندرية المختلطة ٢٤ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ٢٣٩ ص ٣٦٠ - ٦ يونيو سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١٤٧ ص ١٧٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٣ مكررة . وإذا وقعت الهبة على عقار ، فقانون محل العقار هو الذي يسرى ؟ استئناف مختلط ٢٧ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٣ .

الفصل الأول

أركان الهبة

١١ - **أركان الهبة** : للهبة ، كما هو الأمر ، سائر العقود ، أركان

ثلاثة : التراضي والمحل والسبب :

وسنسير في بحث التراضي والمحل على الخطة التي اتبعناها في عقد البيع ، ولكن في شيء من الإيجاز . ولم نفرد للسبب بحثاً في عقد البيع ، ولكن نخصه هنا بكلمة موجزة لأهميته في عقود التبرع :

الفرع الأول

التراضي في عقد الهبة

١٢ - **شروط الانعقاد وشروط الصحة** : للتراضي في عقد الهبة

شروط انعقاد وشروط صحة ، شأنها في ذلك شأن سائر العقود .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

١٣ - **الموضوع والشكل** : الهبة تنعقد بإيجاب وقبول متطابقين

صادرين من الواهب والموهوب له ، وهذا هو الانعقاد من حيث الموضوع .

ولكن الهبة عقد شكلي كما قدمنا ، فللشكل أهمية بالغة في خصوصها ، وهي لا تنعقد إلا إذا استوفت أيضاً الشروط الشكلية .

المطلب الأول

تطابق الإيجاب والقبول في الهبة

١٤ - **النصوص القانونية:** تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٨٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه »^(١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٥٥ / ١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٧٦ / ١ - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٥٠٧ - ٥٠٨^(٢).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/٦٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٥١٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٤٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٤٥٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ١/٤٧٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل ، وقارب المادة ٦٠١ وقد سبق ذكرها . انظر فقرة ١ في الهامش . (وحكم التقنين العراقي متفق مع حكم التقنين المصري ، فإبنة عقد لا بد فيه من قبول الموهوب له : انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني :

م ٥٠٧ : تتم الهبة وتنتقل الملكية في الأموال الموهوبة ، سواء أكانت منقولة أم ثابتة ، عند ما يقف الواهب على قبول الموهوب له مع الاحتفاظ بتطبيق الأحكام الآتية .

م ٥٠٨ : يبقى للواهب حق الرجوع عن العوض مادام القبول لم يتم . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

١٥ - تطبيق الفواعل العامة : تسرى القواعد العامة المقررة في

نظرية العقد في تطابق الإيجاب والقبول في عقد الهبة . فيجب أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين^(١) يقبله المتعاقد الآخر . وأن يكون القبول مطابقاً للإيجاب^(٢) . ويجوز أن تنعقد الهبة بين غائبين ، فتتم في الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب ، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به إلى أن يثبت العكس . ونحيل في كل ذلك إلى ما قدمناه في نظرية العقد . وقد يسبق الهبة مرحلة تمهيدية ، هي الوعد بالهبة .

والذي نقف عنده في كل ذلك مسألتان تطبق فيهما القواعد العامة لنظرية العقد على عقد الهبة بالذات : (١) قبول الهبة من الموهوب له ، إذ العادة أن الواهب هو الذي يبدأ الإيجاب فيقبل الموهوب له . (٢) الوعد بالهبة .

§ ١ - قبول الموهوب له للهبة

١٦ - لا بر من القبول إذ الهبة هبة : جاء النص (م ١/٤٨٧

مدنى السالفة الذكر) صريحاً في أنه لا بد من قبول الموهوب له للهبة حتى تتم . والسبب في ذلك أن هناك شبهة في أن تتم الهبة بإيجاب الواهب وحده أى بإرادته المنفردة فهو المتبرع بماله ، أما قبول الموهوب له فقد لا تكون هناك حاجة إليه : إذ الهبة نافعة له نفعاً محضاً . وكل ما يحتاج إليه هو أن يقر الهبة ، كما يقر الموصى له الوصية وكما يقر المنتفع الاشتراط لمصلحته ،

(١) وإذا صدر الإيجاب من الواهب ، وجب أن تكون نية الهبة واضحة إذ هي لا تفرض

(نقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٨ ص ٢٩٠) .

(٢) فإذا قرر المعطى أنه يعطى على سبيل الهبة ، وقرر المعطى له أنه يقبض على سبيل

آخر ، فلا هبة (استئناف وطنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٥ الحقوق ٣١ ص ٢٨٤) .

حتى لا يتملك حتماً دون رضاه . فجاء النص قاطعاً كما قدمنا في أن هذا غير صحيح ، فالهبة عقد لا إرادة منفردة ، ولا تتم إلا بقبول الموهوب له للهبة ومن وقت هذا القبول^(١) .

والسبب في جعل الهبة عقداً . واستلزام قبول الموهوب له ، أن الهبة وإن كانت تبرعاً إلا أنها تثقل عنق الموهوب له بالجميل ، وتفرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب . وقد يؤثر الموهوب له رفض الهبة ، كما إذا استشف من ورائها غايات للواهب لا يحمد بها .

وفي الفقه الإسلامي ذهب أبو حنيفة وصاحباؤه استحساناً إلى أن القبول ليس بركن في الهبة . وإنما هو لازم لثبوت حكمها لا لوجودها في ذاتها ، وحكمها هو نقل الملك إلى الموهوب له . والقياس أن يكون القبول ركناً في الهبة ، أى في وجودها لا في ثبوت حكمها فحسب ، فلا تتم إلا بالقبول لأنها عقد من عقود التمليكات كالبيع ، وهذا هو قول زفر^(٢) .

١٧ - القبول ركن موضوعي لا ركن شكلي : قبول الهبة في

القانون الفرنسي ينطوي على ضرب من الشكلية ، فهو لا بد أن يكون قبولاً

(١) وقد يكون القبول ضمياً ، كما إذا قبض الموهوب له الشيء الموهوب . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الهبة في الأموال المنقولة تقع صحيحة بدون حاجة إلى تحرير عقد وصى بها إذا تسلم الموهوب له المال الموهوب من الواهب بالفعل ، لأن القبض هنا يقوم مقام القبول (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٣٧٧ ص ٥٦٨) .

(٢) ونصت المادة ٨٩٤ من التقنين المدني الفرنسي على أن « الهبة ما يبين الأحياء تصرف (acte) ولم يقل النص إن الهبة عقد (contrat) . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الفرنسي يقول إن الهبة عقد ، ولكن عندما نظر هذا المشروع أمام مجلس البتة ، لاحظ القنصل الأول - بونايرت - أن الهبة لا تلزم إلا الواهب فالأولى أن تعرف بأنها تصرف لا عقد . وقد أخذ بهذه الملاحظة فعرفت الهبة بأنها تصرف . والملاحظة لا محل لها . فإن الهبة وإن كانت لا تلزم إلا الواهب ، إلا أنها لا تتم إلا بإيجاب وقبول ، فهي إذن عقد وإن كان ملزماً للطرف واحد (انظر أوبري ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٤٦ هامش رقم ١ - بودرى وكولان ١٠ فقره ١٣) .

صريحاً (م ١/٩٣٢ مدنى فرنسى)^(١) . أما فى القانون المصرى فلا نص على وجوب أن يكون القبول صريحاً ، فيصح أن يكون ضمناً . بل إن مجرد سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب ، إذا تمحضت الهبة لمنفعته ، يعتبر قبولاً^(٢) ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٨ مدنى على ما يأتى : « ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه »^(٣) . أما إذا كانت الهبة بعوض ، أو فرض فيها الواهب على الموهوب له التزاماً ، فإن السكوت فى هذه الحالة لا يعد قبولاً إلا إذا كانت الظروف تدل على أن الواهب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ولم يرفض الموهوب له الهبة فى وقت مناسب (م ١/٩٨ مدنى) :

ولا بد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ، وإلا لم تنعقد الهبة . فلو أعطى الواهب على سبيل الهبة ، وقبل الطرف الآخر على سبيل الإعارة ، لم تنعقد الهبة ولا الإعارة . والعكس صحيح ، بأن أوجب الطرف الأول على سبيل الإعارة وقبل الطرف الآخر على سبيل الهبة^(٤) .

١٨ - رجع الواهب فى الهبة قبل وصول القبول إلى علمه :

والقبول - ككل تعبير عن الإرادة - لا ينتج أثره إلا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم الواهب ، ويعتبر وصوله إلى الواهب قرينة على العلم به ،

(١) أنسيكلويدى داللو ٢ لفظ donation فقرة ٢٥٨ - فقرة ٢٥٩ .

(٢) نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٩ ص ٣٧٩ - استئناف

مصر ٩ مارس سنة ١٩٢٠ المحاماة ٤ رقم ٣٤٧ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدي فى هذا المعنى : « لابد من قبول الموهوب

له للهبة ولو بالسكوت ، ولكن القبول ، على أية صورة كانت ، ضرورى ، لأن الهبة عقد

لابد فيه من اقراران إرادتين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٦) .

(٤) استئناف أهلى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٥ الحقوق ٣١ ص ٢٨٤ - الأستاذ محمد كامل

مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ١٦) .

ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (م ٩١ مدني) . فإذا صدر إيجاب من الواهب ، ولم يكن الإيجاب ملزماً ، فإن الواهب له أن يرجع عن إيجابه إلى الوقت الذي يصل فيه قبول الموهوب له إلى علمه ، وبشرط أن يصل الرجوع عن الهبة إلى علم الموهوب له قبل وصول قبول الموهوب له إلى علم الواهب . ففي هذه الحالة لا تتم الهبة ، لأن القبول وقت أن يصل إلى علم الواهب لم يصادف إيجاباً قائماً ، فلم يقترن القبول بالإيجاب^(١) . وإنما يصح أن يكون هذا القبول إيجاباً جديداً من الموهوب له . فإذا تدبر الواهب الأمر فقبله واعتزم المضي في الهبة ، فإن قبول الواهب هو الذي يقترن بإيجاب الموهوب له فتم الهبة إذا استوفت شروطها الأخرى .

١٩ - موت الواهب أو فقده لأهليته قبل وصول الإيجاب إلى

الموهوب له : وإذا مات الواهب أو فقد أهليته قبل أن يصل إيجابه إلى علم الموهوب له ، فإن ذلك لا يمنع من اتصال الإيجاب بعلم الموهوب له وقبول هذا للهبة . ولكن القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الواهب ، وهذا قد مات أو فقد أهليته فيستحيل علمه بالقبول ، ومن ثم لا تتم الهبة^(٢) . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التي قررها التقنين المدني الجديد في المادة ٩٢ منه^(٣) .

(١) وللواهب ، قبل وصول قبول الموهوب له إلى علمه ، بأن يتصرف في المال الموهوب ، وأن ينقله برهن أو بحق ارتفاق أو بغير ذلك من الحقوق العينية ، وتنفذ هذه التصرفات في حق الموهوب له حتى بعد قبول للهبة (أوبري ورو وإسبان ١٠ فقرة ٦٥٣ ص ٤٩١) .

(٢) وهذا ما لم يكن إيجاب الواهب ملزماً ، بأن حدد الواهب ميعاداً للقبول أو استخلص هذا الميعاد من ظروف الحال (م ٩٣ مدني) ، فعند ذلك ينتقل الالتزام إلى ورثته ، فإذا وصل قبول الموهوب له إلى علمهم أنتج أثره . وقد كان المشروع التمهيد للتقنين المدني الجديد يجعل الإيجاب ملزماً دائماً ، ورتب على ذلك أن يبقى الإيجاب قائماً حتى بعد موت الموجب أو فقد أهليته ، فإذا علم الورثة بالقبول أنتج القبول أثره (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٠) .

(٣) الوسيط جزء أول ص ١٨٧ هامش رقم ١ - وإذا لم تتم الهبة لموت الواهب قبل =

وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني السابق ، إلا أن التقنين السابق كان يسقط الإيجاب إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل اقتران القبول به . فلا يستطيع الموهوب له أن يقبل الهبة بعد موت الواهب أو بعد فقد أهليته . وقد ورد في التقنين المدني السابق نص صريح في هذا المعنى . إذ كانت المادة ٥٠ / ٧٢ من هذا التقنين تنص على أن « تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقد أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له » (١) .

٢٠ - موت الموهوب له أو فقد أهليته قبل القبول : أما إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه القبول ولكن بعد أن صدر إيجاب الواهب . فإن الهبة لا تتم ، لأن الإيجاب لم يلاق شخصاً يقبله إذ الهبة أمر خاص بشخص الموهوب له فلا تحل ورثته محله في القبول (٢) .

= وصول القبول إلى علمه ، ألا يجوز أن تتحول هذه الهبة الباطلة إلى وصية تجوز في ثلث التركة وذلك طبقاً لقواعد تحول التصرفات الباطلة ؟ اختلف الفقهاء في فرنسا ، فبعض يقول بتحول الهبة إلى وصية (أوبري ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٣ ص ٤٩٦) ، وبعض يقول بعدم التحول (أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٦) . ونميل إلى الرأي الأول ، فتحول الهبة إلى وصية في القانون المصري ، لأن التقنين ، المصري يعرف نظرية تحول التصرفات الباطلة وقد ورد فيها نص خاص ، بخلاف التقنين المدني الفرنسي .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت اللامحة التأسيسية للاتحاد الأرمني العام قد جعلت قبول الهبات من اختصاص المجلس الرئيسي للاتحاد ، وكان الاستفادة من نصوصها أنها فصلت بين قبول الهبات وبين قبضها واعتبرت الأمر الأخير مجرد واقعة مادية لا تغني عن التصرف القانوني وهو القبول ، فإنه يصبح واجباً بيان ما إذا كان المجلس الرئيسي قد قبل الوصية التي قبضها المجلس المحلي وذلك قبل وفاة الواهب ، حتى يتحقق بذلك ما تقتضيه المادتان ٤٨ و ٥٠ مدني قديم (نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٠ ص ٢٨٤ - وانظر استئناف وطني ٩ مارس سنة ١٩٢٠ المجامعة ١ رقم ٣٤٧ ص ٤٤٩ - استئناف مخطط ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٥٠ ص ٣٠٢) .

وهذا هو أيضاً الحكم في القانون المدني الفرنسي (أوبري ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٣ ص ٤٩١ - أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٦٥) .

(٢) انظر في هذا المعنى الوسيط جزء أول فقرة ٨٢ وبوجه خاص ص ١٨٨ هامش =

ولكن التقنين المدني السابق كان يورد حكماً مخالفاً لما تقدم ، فكانت المادة ٥١ / ٧٣ من هذا التقنين تنص على أنه « بسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفي قبل القبول ، وفي حالة الهبة لمن ليس أهلاً للقبول يصح قبولها ممن يقوم مقامه »^(١) . ولما كان حكم التقنين المدني الجديد مستحدثاً ، فإنه لا يسرى إلا من وقت نفاذه . فإذا مات الموهوب له أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه القبول ، وكان الموت أو فقد الأهلية قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإنه يجوز لورثة الموهوب له أو لمن يقوم مقامه أن يقبلوا الهبة تطبيقاً لأحكام التقنين المدني السابق . أما إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته في تاريخ غير سابق على يوم ١٥

= رقم ١ - وهذا هو أيضاً حكم القانون المدني الفرنسي (أوبري ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٣ ص ٤٩١ - أنسيكلوبيدي دالور ٢ لفظ donation فقرة ٢٦٦) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وإذا مات الموهوب له أو فقد أهليته قبل القبول ، فالشرعية الإسلامية على أن الإيجاب يسقط : م ٨٣ مرشد الخيران . ولكن التقنين الحال (السابق) يبيح القبول للورثة أو لثائب الموهوب له ، خلافاً للأصل الذى جرى عليه من أن الإيجاب يسقط بالموت أو بفقد الأهلية . أما المشروع . فإن هذا الحكم يجرى فيه على أصل من أصوله » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٦) . وظاهر من العبارة الأخيرة الواردة في المذكرة الإيضاحية أن أصلاً من أصول هذا المشروع التمهيدى كان يقتضى بنفس الحكم الذى قرره التقنين المدني السابق ، فيجوز لورثة الموهوب له أو لثائبه قبول الهبة بعد موت الموهوب له . وكان هذا الأصل فعلاً مقررأ في المشروع التمهيدى ، إذ كانت المادة ١٢٦ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « لا يؤثر في صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته » . فكان المشروع التمهيدى ، يبيح لورثة من وجه إليه التعبير أو لثائبه - أى لورثة الموهوب له أو لثائبه - أن يصدر منهم القبول بدلاً من الموهوب له بعد موت هذا أو فقد أهليته ، ولكن المشروع التمهيدى عدل في لجنة المراجعة . وحذفت عبارة « أو وجه إليه هذا التعبير » . فأصبح لا يجوز لورثة الموهوب له أو لثائبه أن يقبلوا الهبة بعد موت الموهوب له أو فقد أهليته (انظر الوسيط جزء أول ص ١٨٦ هامش رقم ١ . وانظر الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٣١ هامش رقم ١) .

أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن أحكام التقنين الجديد هي التي تسرى ، ولا يجوز لورثة الموهوب له أو لمن يقوم مقامه في هذه الحالة أن يقبلوا الهبة .

أما إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه ولكن قبل أن يصل هذا القبول إلى علم الواهب ، فإن القبول يبقى قائماً (م ٩٢ مدني) وينتج أثره إذا اتصل بعلم الواهب ، فتم الهبة بالرغم من موت الموهوب له . ولا يمنع من ذلك أن الهبة موجهة إلى شخص بالذات وقد مات أو فقد أهليته ، فإن هذا الشخص قد قبل الهبة فعلاً وبقي قبوله قائماً بالرغم من موته أو فقدته لأهليته وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن ، وأنتج القبول القائم أثره بمجرد وصوله إلى علم الواهب (١) .

٢١ - القبول الصادر من غير شخص الموهوب له : وقد يصدر

قبول الهبة من غير شخص الموهوب له ، ويتحقق ذلك إذا صدر القبول من نائبه (م ٤٨٧ / ١ مدني) . والنائب إما أن يكون نائباً نيابة قانونية كالولي والوصي والقيم وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في أهلية الموهوب له ، وإما أن يكون نائباً نيابة اتفاقية وهذا هو الوكيل .

والوكالة في الهبة يجب أن يتوافر فيها الشكل الواجب توافره في عقد الهبة نفسه ، فإذا وكل الواهب وكيلاً ليهب مالا له نيابة عنه وجب أن تكون

(١) انظر في المعنى الذي نقول به أوبري ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٣ ص ٤٩١ - ديمولومب ٢٠ فقرة ١٤٠ - بلانويول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٣٧٠ - كولان وكايتان ٣ فقرة ١٦١٠ - وانظر عكس ذلك لوران ١٢ فقرة ٢٦٦ - بودري وكولان ١٠ فقرة ١١٢٨ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١٣١ بالنصف الثاني من هامش رقم ١ - الأستاذ أكرم الخولي الخولي فقرة ٦٩ ص ١٠٣ - ويلاحظ أن الرأي المعارض في الفقه الفرنسي يستطيع أن يستند إلى نص لا مقابل له في التقنين المدني المصري ، هو نص المادة ٩٣٢/٢ من التقنين المدني الفرنسي ، ويقرر أن الهبة لا تنتج أثراً بالنسبة إلى الواهب إلا من وقت إخطاره بقبول الموهوب له .

الوكالة في ورقة رسمية ، ولكن إذا وكل الموهوب له وكيلًا ليقبل عنه الهبة جاز أن يكون التوكيل في ورقة عرفية لأن قبول الهبة المنفصل لا تشترط فيه الرسمية^(١) . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى ، إذ تقول المادة ٧٠٠ مدني إنه « يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . ولا بد من وكالة خاصة في الهبة والانتها ، ويجب أن يذكر في هذه الوكالة المال الموهوب فتخصص الوكالة بهذا المال دون غيره . وقد نصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة ٧٠٢ مدني في هذا المعنى على أنه « (١) لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه البمين والمرافعة أمام القضاء . (٢) والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات » .

ولا يجوز لأجنبي ، غير نائب عن الموهوب له لا نيابة قانونية ولا نيابة اتفاقية ، أن يقبل الهبة عنه ، إلا بطريق الفضالة إذا تحققت شروطها^(٢) . ويرتب على ذلك أنه لو كان الموهوب لهم متعددين وحضر بعضهم مجلس العقد وغاب بعض ، لم يستطع الحاضرون أن يقبلوا عن الغائبين ما دام ليس عندهم توكيل بالقبول وما داموا لا ينوبون عن الغائبين نيابة قانونية . وإنما يستطيع أجنبي أن يتعهد عن الموهوب له بأنه يقبل الهبة ، ويكون هذا تعهداً عن الغير فتسرى قواعده . ومقتضى هذه القواعد أن الأجنبي الذي تعهد بأن يقبل الموهوب له الهبة لم يلزم هذا الأخير بالقبول ، وإنما ألزم نفسه بأن

(١) انظر ما يل فقره ٣٢ .

(٢) انظر عكس ذلك وأن الفضالة لا تجوز أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation

يحصل على قبول الموهوب له بالهبة . فلا يلتزم الموهوب له إذن بالقبول ، وله إما أن يقبل الهبة فتتم وإما أن يرفضها فتسقط^(١) .

ولما كان قبول الهبة أمراً شخصياً خاصاً بالموهوب له ، فقد تقوم عنده اعتبارات أدبية تدفعه إلى عدم قبول الهبة ، وهو وحده الذى يستطيع تقدير هذه الاعتبارات ، فإنه إذا لم يقبل الهبة لم يجوز لدائنيه أن يستعملوا حقه فى القبول وأن يقبلوا نيابة عنه^(٢) . وإذا رفض الموهوب له الهبة ، لم يجوز لدائنيه أن يطعنوا فى هذا الرفض بالدعوى البوالية ، لأن الرفض لا يتضمن معنى الافتقار بل هو امتناع عن الإثراء .

§ ٢ - الوعد بالهبة

٢٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٩٠ : من التتقين المدنى على ما يأتى :

« الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية »^(٣) .

ولا مقابل لهذا النص فى التتقين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص^(٤) .

(١) أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٢ ص ٤٩٣ - بلانيول ريبير ونرانسو ٥ فقرة ٣٦٤ - أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٧٢ - فقرة ٢٧٥ .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٢ ص ٤٩٣ - أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation ص ٤٧٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٦٤ من المشروع التمهيدى على اللوج

الآتى : « الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بالكتابة ، وذلك مع عدم الإخلال بنص المادة ١٥٠ فقرة ثانية » . وقد عدل هذا النص فى لجنة المراجعة بما يجعل الوعد بالهبة فى كل من العقار والمنقول لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التتقين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥١٧ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٠ مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٣ - ص ٢٥٥) .

(٤) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى

فى الأموال فقرة ٦٣٩ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٤٥ ص ٩٣ .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٥٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٧٩ - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٥١١ (١) .

وليس هذا النص إلا تطبيقاً تشريعياً لنص أعم منه ، هو نص الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدني ، ويجرى على الوجه الآتي : « وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » .

ويمكن قياس الوعد بالهبة على الوعد بالبيع والوعد بالشراء ، فيوجد وعد بالإيهاب ووعد بالانتهاب . ونبحث ذلك في المسائل الآتية : (١) صور للوعد بالإيهاب . (٢) صور للوعد بالانتهاب . (٣) كيف ينقذ الوعد بالهبة لإيهاباً وانتهاباً . (٤) الأثر الذي يترتب على الوعد بالهبة لإيهاباً وانتهاباً .

٢٣ - صور للوعد بالإيهاب : يتحقق ذلك عملاً في هبة المال المستقبل وفي هبة المال غير المملوك للواهب . فإذا فرض أن شخصاً يريد أن يهب آخر داراً مثلاً ولكنه لم يشرع في بنائها ، فإنه لا يستطيع أن يهب

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٥٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٧٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل . ولكن الحكم متفق بالتطبيق للمادة ٢/٩١ مدني عراقي .

تقنين للموجبات والعقود اللبناني م ٥١١ : لا يصح الوعد بالهبة إلا إذا كان خطياً ، ولا يصح

الوعد بهبة عقار أو حق عقارى إلا بقيده في السجل العقاري . (ويتفق التقنين اللبناني مع التقنين المصري في أن الوعد بالهبة عقد شكل ، ويختلفان في كيفية الشكل . ففي مصر الشكل ورقة رسمية دائماً للعقار والمنقول ، أما في لبنان فالشكلية ورقة عرفية يضاف إليها القيد في السجل العقاري للعقار) .

الدار فوراً لأن المادة ٤٩٢ مدني تنص على أن « نفع هبة الأموال المستقبلية باطلة ». وهو لا يريد أن ينتظر حتى يفرغ من بناء الدار ثم يهبها ، حتى لا يواجه المستقبل بما يتضمنه من احتمالات . فليس أمامه في هذه الحالة إلا أن يعد هبة الدار على أن تتم الهبة عند الفراغ من بنائها ، ويقبل الآخر هذا الوعد ، فيتقيد به الواعد منذ صدور الوعد . ويكون قد تم في هذه الحالة وعد بإيهاه قباه الموعود له ، فلو مات الواعد قبل الفراغ من بناء الدار ، ثم تم بناؤها ، استطاع الموعود له أن يبدى رغبته في استنجاز الوعد ، فتتم الهبة بإرادته وحده . وتنفذ في حق ورثة الواعد . وكذلك الأمر لو أن الدار الموعود بإيهاها موجودة حالا وقت الوعد ولكنها غير مملوكة للواعد ، فإن هذا لا يستطيع أن يهبها في الحال لأن هبة مال الغير لا تنفذ في حق المالك الحقيقي (م ٤٩١ مدني) ، فيريث الواعد حتى يملك الدار ثم يهبها . ولكنه يستطيع أن يعد فوراً الطرف الآخر هبة الدار عند تملكه لها ، فيقبل الموعود له الوعد بالإيهاه ، على أن يصبح هذا الوعد هبة كاملة إذا ملك الواهب الدار وأبدى الموعود له رغبته في استنجاز الهبة .

ويتسع ميدان الوعد بالإيهاه إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بتكاليف والتزامات . مثل ذلك أن يعد شخص آخر بإيهاه دار إذا هو دفع له لإيراداً مرتباً طول الحياة ، فيقتصر الموعود له على أن يقبل هذا الوعد بالإيهاه ، حتى يتدبر الأمر قبل أن يلتزم بالعوض ، فإذا استقر رأيه على القبول أبدى رغبته في ذلك . ومثل ذلك أيضاً أن يعد شخص جمعية خيرية بأن يهب لها مبلغاً من المال على أن تقوم بإنشاء مستشفى أو ملجأ أو نحو ذلك ، فتقتصر الجمعية على قبول هذا الوعد حتى تتدبر أمرها ، فتقبل أو ترفض .

٢٤ - صور للوعد بالانتهاه : ويمكن أن نورد صوراً للوعد بالانتهاه مماثلة لبعض صور الوعد بالانتهاه . فيجوز أن يعد شخص آخر

بقبول هبة داره على أن يرتب للواهب إيراداً طول حياته ، فيقتصر صاحب الدار على قبول هذا الوعد بالانتهاج حتى يتدبر الأمر . فهنا انعقد وعد بالانتهاج ملزم لجانب الواعد وحده ، دون أن يلزم الموعود له صاحب الدار . وكذلك الحال لو أن الجمعية الخيرية هي التي تقدمت ووعدت بأن تقبل هبة من شخص على أن تنشئ مستشفى ، فيقتصر الموعود له على هذا الوعد بالانتهاج ، ثم ينظر هل يقبل أن يهب أو لا يقبل^(١) .

٢٥ - كيف ينقذ الوهر بالهبة : والوعد بالهبة - سواء كان وعداً بالإيهاب أو وعداً بالانتهاج - ينقذ إذا عينت المسائل الجوهرية لعقد الهبة المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها . وليس هذا إلا تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ١٠١ مدني إذ تقول : « الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا

(١) أما التزام شخص بمبلغ معين يدفعه لآخر على سبيل الهبة ، فهذا هو هبة كاملة لا مجرد وعد هبة . فإذا صرح الملتزم بأن الالتزام على سبيل الهبة ، وجب أن يكتب الالتزام في ورقة رسمية حتى تستكمل الهبة الشكل الواجب (استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠) . وإذا ستر الملتزم الهبة تحت اسم عقد آخر ، بأن قرر مثلاً أن المبلغ الذي التزم به هو قرض أو ودیعة أو نحو ذلك ، أعفيت الهبة من شرط الرسمية ، لأنها تكون هبة مستترة تحت اسم عقد آخر .

وكذلك الحكم إذا اكتتب شخص في مشروع على سبيل التبرع . فإذا كان الاكتتاب مصحوباً بالدفع في الحال فهو هبة يدوية . وإذا كان تعهداً في اشتراط لمصلحة الغير ، فهو هبة غير مباشرة . أما إذا لم يكن هذا ولا ذاك ، بل كان التزاما بدفع مبلغ على سبيل التبرع أو وعداً هبة هذا المبلغ ، فلا بد من الورقة الرسمية . هذا هو مقتضى تطبيق القوار العامة (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٥) . ولكن ذهب بعض الفقهاء إلى أن العرف جرى بأن الاكتتاب لا يكون عادة في ورقة رسمية ، ومن ثم يكون ملزماً حتى لو لم يستوف هذا الشكل (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٢٥ - بلانيول وريبيروتانسو ٥ فقرة ٤١٨ - جوسران ٣ فقرة ١٣٣٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٩١ - ولكن قارن أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٥٣٥) - وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الاكتتاب يكون ملزماً حتى لو لم يكتب في ورقة رسمية (نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٢٠) .

المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها» (١) . فالوعد بالهبة عقد كامل لا مجرد إيجاب ، ولكنه عقد تمهيدى لا عقد نهائى

ولما كان الوعد بالهبة هو تمهيد لعقد الهبة النهائى ، وجب أن يكون السبيل مهياً لإبرام عقد الهبة النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له ، بأن يشتمل الوعد على جميع المسائل الجوهرية فى الهبة المراد إبرامها . وهذه المسائل الجوهرية هى بيان المال الموعود بهيته بياناً كافياً ، ولا يشترط أن يكون هذا المال موجوداً وقت الوعد ، وإنما يشترط وجوده وقت ظهور رغبة الموعود له فى إبرام الهبة وإلا كانت الهبة باطلة . كما لا يشترط أن يكون المال مملوكاً وقت الوعد للواعد فى حالة الوعد بالإيجاب ، أو للموعود له فى حالة الوعد بالانتهاج ، وإنما يشترط أن يكون مملوكاً لكل منهما وقت ظهور الرغبة ، وإلا لم تنفذ الهبة فى حق المالك الحقيقى وكانت قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له . كذلك يجب أن يبين فى الوعد إن كانت الهبة المراد إبرامها مقترنة بعوض أو تكاليف والتزامات ، وما هو هذا العوض أو هذه التكاليف والالتزامات . ويجب أخيراً تعيين المدة التى يجب فى خلالها إبرام عقد الهبة ، ويقع هذا التعيين صراحة أو دلالة . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة ، وكانت هناك عناصر تنهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالهبة لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلفت الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك .

ويجب أن يكون الوعد بالهبة — إيجاباً أو انتهاجاً — فى ورقة رسمية ، كما يقضى بذلك صريح نص المادة ٤٩٠ مدنى سالفه الذكر ، وإلا لم ينعقد الوعد . ومن ثم يقع الوعد بالهبة غير المكتوب أصلاً أو الثابت فى ورقة

(١) انظر فى تاريخ هذا النص وفى شرحه الوسيط الجزء الأول فقرة ١٣٤ .

عرفية باطلا ، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً ، لأن هذا يقتضى تدخلاً شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الهبة ، وإجباره على هذا التدخل الشخصى ممتنع . ولا يجوز كذلك أن يقوم الحكم على الواعد بالتنفيذ مقام الهبة ، لأن الوعد بالهبة باطل كما قدمنا ، ولأنه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتو أن يصل الشخص إلى إبرام هبة دون ورقة رسمية إذ يقتصر على وعد بالهبة غير رسمى يصل به إلى حكم يقوم مقام الهبة^(١) .

والأهلية المطلوبة للهبة يجب أن تتوافر فى الواعد وقت الوعد ، فيجب أن يكون فى هذا الوقت أهلاً للإيهاب أو للإنتهاب ، ولو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائى . وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك . إذ أن الهبة النهائية تتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له . أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائى لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون غير أهل وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ، ذلك أنه لا يلتزم بشئ وقت الوعد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائى . أما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائى معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاء فى كل من هذين الوقتين فيجب أن يكون رضاؤه فى كل منهما صحيحاً^(٢) .

٢٦ - الأثر الذى يترتب على الوعد بالهبة : إذا انعقد الوعد باخبة

صحيحاً على النحو الذى قدمناه ، فإن الأثر الذى يترتب عليه يجب أن

(١) ولكن يجوز أن يعتبر الوعد بالهبة غير المكتوب فى ورقة رسمية عقداً غير مسمى ثم بإيجاب وقبول ، ورتب التزاماً شخصياً فى ذمة الواعد ، ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عيناً ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد ، وبخاصة فى حالة الوعد بالإيهاب فإن الموعود له إذا لم يحصل على المال الموهوب بسبب عدم تنفيذ الواعد لوعده يصاب عادة بضرر يستحق من أجله التعويض (الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٤٥ - ولكن قارن أنسيكلوبيدى دالتون ٢ لفظ donation فقرة ٢٤٥ حيث يذهب إلى أن الأمر بالإيهاب فى غير ورقة رسمية باطل ولا يوجب تعويضاً ، لأن الوعد تبرع خلافاً لمحمى إرادة المتبرع وهى الورقة الرسمية) .

(٢) انظر فى كل ذلك الوسيط الجزء الأول فقرة ١٣٣ - فقرة ١٣٦ .

نميز فيه بين مرحلتين ، يفصل بينهما ظهور رغبة الموعود له في إبرام الهبة نهائياً .

ففي المرحلة التي تسبق ظهور الرغبة لا يكسب الوعد الموعود له إلا حقاً شخصياً ، ولا يترتب في ذمة الواعد إلا التزاما . فالواعد وحده ، سواء كان واعداً بالإيجاب أو واعداً بالإنهاج ، يترتب في ذمته التزام شخصي هو أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له ، فيهب المال الموعود بإيجاب أو يقبل أن يهب إليه ، وهذا التزام بعمل ، أما الموعود له فلا يلتزم بشيء . ويترتب على ذلك أن الواعد بالإيجاب يبقى مالكا للشيء الذي وعد بإيحابه طوال هذه المرحلة الأولى ، وله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي ، ويسرى تصرفه في حق الموعود له متى توافرت الشروط المتعلقة بالشهر بالنسبة إلى العقار . فإذا باع الواعد بالإيجاب العقار الموعود بإيحابه إلى آخر أو وهبه إياه وسجل المشتري أو الموهوب له الثاني التصرف الصادر إليه ، فليس للموعود له إلا الرجوع بتعويض على الواعد . بل إن الموعود له لا يرجع بتعويض إذا كان الواعد بالإيجاب في حالة من الحالات التي يجوز فيها الرجوع في الهبة وسنستطها فيما بعد ، ذلك أنه يجوز الرجوع في الوعد بالإيجاب حيث يجوز الرجوع في الهبة نفسها^(١) .

أما المرحلة الثانية فتحل بظهور رغبة الموعود له في إبرام الهبة في خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة ، سقط الوعد بالهبة ، أما إذا ظهرت ، فإن الهبة النهائية تم بمجرد ظهور هذه الرغبة ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد ، وتعتبر الهبة النهائية قد تمت من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد . غير أن ظهور رغبة الموعود

(١) وقد قررت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذا الحكم صراحة إذ تقول :

« ويجوز الرجوع في الوعد على النحو الذي يجوز فيه الرجوع في الهبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية

له ، في حالة الوعد بالآتي . يجب أن يكون في ورقة رسمية . وإذا امتنع الواعد من تنفيذ التزامه بعد ظهور رغبة الموعود له في إبرام الهبة النهائية ، جاز استصدار حكم ضده ما دام الوعد مكتوباً في ورقة رسمية ، وقام الحكم مقام عقد الهبة النهائي . وإذا كان المال الموهوب عقاراً سجل الحكم ، فتنقل الملكية إلى الموهوب له . وهذا هو ما تنص عليه المادة ١٠٢ مدني إذ تقول : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام العقد » (١) .

المطلب الثاني

شكل الهبة

٢٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٨٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - « تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » .

٢ - « ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية » (٢) .

(١) انظر أيضاً المادة ٢١٠ مدني - وانظر في كل ذلك الوسيط الجزء الأول فقرة ١٣٧ - فقرة ١٣٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المواد ٦٦٠ - ٦٦٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : م ٦٦٠ : « ١ - تكون هبة العقار بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة . ٢ - على أنه إذا تمت الهبة تحت ستار عقد آخر ، جاز للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد المستر أو بالعقد الظاهر وفقاً لما تفضي به مصلحته . فإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستر ، كانت الأفضلية للأولين » . م ٦٦١ : =

ويقابل هذا النص في التقنين المدنى السابق المادتين ٧٠/٤٨ - ٧١٤٩^(١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادة ٤٥٦ - وفي التقنين المدنى الليبى المادة ٤٧٧ - وفي التقنين المدنى العراقى المادتين ٦٠٢ - ٦٠٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٥٠٩ - ٥١٠^(٢).

= « لا تتم هبة المنقول إلا بتسليم الموهوب تسليماً فعلياً وقبضه » . م ٦٦٢ : « إذا تمت الهبة في صورة اشتراط لمصلحة الغير ، فلا يشترط فيها شكل خاص ، إلا الشكل الذى قد يتطلبه العقد ما بين المشترط والمتعهد » . وفي لجنة المراجعة عدلت هذه النصوص لاستبقاء الأحكام التى كان معمولاً بها في التقنين السابق فيما يتعلق بشكل الهبة في العقار والمنقول والهبة المستترة والهبة اليدوية ، باعتبار أن هذه الأحكام قد ألغتها الماملون منذ وقت طويل ولم يجد ما يدعو إلى تغييرها ، فأصبحت المادة ٦٦٠ مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدنى الجديد ، وحذقت المادتان ٦٦١ و ٦٦٢ ، الأولى لأن حكمها مستفاد من المادة ٦٦٠ بعد تعديلها ، والثانية لأن حكمها وارد في الاشتراط لمصلحة الغير . وصار رقم النص المستبق ٥١٥ في المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترح أن يضاف النص الآتى : « مع مراعاة ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابقة يكون القبض بالتسليم والتسليم الفعلى » . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، فليس ثمة ما يدعو إلى تعريف القبض على هذه الصورة بالنسبة إلى الهبة بخصوصها ، ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على المادة دون إضافة . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته ، وأصبح رقمها ٤٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٨ - ص ٢٥١).

(١) التقنين المدنى السابق م ٧٠/٤٨ : تنتقل الملكية في الأموال الموهوبة ، منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له . إنما إذا كان العقد المشتل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمى ، وإلا كانت الهبة لاغية .

م ٧١/٤٩ : تعتبر الهبة في الأموال المنقولة صحيحة بدون احتياج إلى تحرير عقد رسمى بها . إذا حصل تسليمها بالفعل من الواهب واستلامها من الموهوب له .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى .

التقنين المدنى السورى م ٤٥٦ (مطابق) .

§ ١ - القاعدة العامة

الرسمية أو العينية

٢٨ - **مبررات الشكلية في عقد الهبة** : الهبة في الأصل عقد شكل ، وهي من العقود الشكلية النادرة التي بقيت حتى اليوم ، بعد أن أصبحت الكثرة الغالبة من العقود رضائية تتم بمجرد تلاقى الإيجاب والقبول . وقد اعترض بعض الفقهاء على هذه الشكلية في عقد الهبة : ولكن يبرر الشكلية في الهبة أنها عقد خطير ، لا يقع إلا نادراً ولدوافع قوية . وإذا كان البيع يكثر وقوعه في التعامل وهو عقد معاوضة يأخذ البائع فيه مقابلاً لما أعطى ، فإن الهبة كما قدمنا عقد نادر الوقوع وبه يتجرد الواهب عن ماله دون مقابل . فالواهب في أشد الحاجة إلى التأمل والتدبر ، وتعيّنه الشكلية على ذلك^(١) .

= التقنين المدني الليبي م ٤٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٠٢ : إذا كان الموهوب عقاراً ، وجب لانتماء الهبة أن يسجل في الدائرة المختصة .

م ٦٠٢ : ١ - لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض ، ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة
م ٦٠٣ : ١ - لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض ، ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة
أودلالة . ٢ - وإذا أذن الواهب صراحة صح القبض في مجلس الهبة أو بعده ، وأما إذنه بالقبض دلالة فقيده بمجلس الهبة وعقد الهبة إذن بالقبض دلالة .

(والتقنين العراقي يختلف عن التقنين المصري فيما يأتي : (١) هبة المقار فيه لا تتم إلا بشكلية خاصة وهي التسجيل في الدائرة المختصة . (٢) هبة المنقول لا تتم إلا بالقبض ، وفي مصر قد تتم أيضاً بورقة رسمية . (٣) لم تعف الهبة من الشكلية إذا استترت تحت اسم عقد آخر - انظر في ذلك الأستاذ حسن الذنون فقرة ٩ - فقرة ١٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٥٠٩ : تتم الهبة اليدوية بأن يسلم الواهب الشيء إلى الموهوب له .

م ٥١٠ : إن هبة العقار أو الحقوق العينية المقاربية لا تتم إلا بقيدها بالسجل . (والفروق ما بين التقنين اللبناني والتقنين المصري هي ذات الفروق التي تقدم ذكرها ما بين التقنين العراقي والتقنين المصري) .

(١) وشكلية الهبة مستفزة في تقاليدنا القانونية ، فقد جمل التقنين السابق عقد الهبة =

والورقة الرسمية ، بما تتضمنه من إجراءات معقدة ، وما تستتبعه من جهر وعلانية ، وما تستلزمه من وقت وجهد ، نافعة كل النفع لحماية الواهب ، ولحماية أسرته ، بل ولحماية الموهوب له نفسه . فهي نافعة للواهب ، إذ هو في الوقت الذي يتجرد فيه عن ماله دون مقابل في حاجة كما قدمنا إلى التدبر ، ليأمن من شر الاندفاع وراء انفعالات عارضة^(١) . وهي نافعة لأسرة الواهب ، إذ الواهب وهو يتجرد عن ماله دون مقابل بسلب ورثته بعض حقهم في تركته . وقد يكون في إجراءات الورقة الرسمية وعلايتها سبيل للورثة إلى الإحاطة بما يقدم عليه مورثهم ، فيبصرونه بمغبة عمله . والورقة الرسمية نافعة للموهوب له نفسه ، فإن الهبة عقد يسهل الطعن فيه ، فخير للموهوب له أن يتسلح بهذه الرسمية للدفاع عن حقه .

وإذا كان القانون استغنى في المنقول عن الورقة الرسمية بالقبض ، فذلك أثر من الآثار الباقية في إثبات العقار على المنقول في وجوه الحماية . على أن القبض أكثر ملاءمة لطبيعة المنقول ، وهو عمل مادي كنفيل أن يذبه الواهب إلى خطر أقدم عليه ، إذ يتجرد به عن حيازة الشيء الموهوب . على أن القانون قد تخفف من كل من الرسمية والعينية في كثير من الاستثناءات سنبرسطها فيما يلي ، وقد قصد من ذلك إلى تيسير التعامل ما وجد إليه سبيلا .

= عقداً شكلياً، وقرر الفقه الإسلامي في أكثر مذاهبه أن الهبة خلافاً للبيع لا تتم إلا بالقبض . (١) وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فالأصل في هبة العقار أن تكون بورقة رسمية ، حتى تتوافر للواهب أسباب الحرية في عقد ينزل به عن ماله دون مقابل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٤) ، وليس السبب في رسمية الهبة أو عينية حماية ورثة الواهب فحسب كما يذهب إلى ذلك بعض الفقهاء (لوران ١٢ فقرة ٣٣٩ - بلانيول وريبير وترانسبو ٣٤٢ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٤٢ ص ٨٧ - ص ٨٨ - الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٧٦ وفقرة ١٠٦) ، بل السبب الرئيسى هو حماية الواهب نفسه ، إذ هو يتجرد عن ماله دون مقابل .

وننتقل الآن إلى بيان شكل الهبة ، وإلى ما فرضه القانون من جزاء على هذا الشكل .

أولاً - شكل الهبة

٢٩ - التمييز بين العقار والمنقول : يجب في بيان شكل الهبة أن نميز بين العقار والمنقول . فهبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية ، أما هبة المنقول فتتم إما بورقة رسمية وإما بالقبض . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٨٨ مدني التي أسلفنا ذكرها^(١) .

١ - شكل الهبة في العقار

٣٠ - أنواع الشكليات في التشريعات المختلفة : تنتق أكثر التشريعات الأجنبية على اشتراط الشكلية في عقد الهبة ، ولكنها تختلف في نوع الشكلية الواجبة . ويمكن القول إن الشكلية في هذه التشريعات على ضربين . أحدهما لا ينصب على إرادة المتعاقدين ، بل يترك التراضي في الهبة حراً طليقاً من الشكل ، فإذا انعقدت الهبة بالتراضي كان لا بد في تمامها على وجه بات من تصديق السلطة القضائية أو إقرار من هذه السلطة . والضرب الثاني من الشكلية ينصب على التراضي ذاته ، فلا بد من أن يصدر في شكل خاص أمام موظف مختص ، قد يكون موثقاً للعقود ، وقد يكون أميناً للسجل العقاري ، وقد يكون أحد القضاة .

وفي الضرب الأول من الشكلية - تصديق السلطة القضائية - تختلف سلطة القاضي في التصديق من تشريع إلى تشريع . فمن التشريعات ما يقصر

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يحمل هبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية . ويجعل هبة المنقول لا تتم إلا بالقبض . فكانت هبة العقار عقداً شكلياً حتماً ، وكانت هبة المنقول عقداً عينياً حتماً (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٤ - وانظر آنفاً فقرة ٢٨ في الهامش) .

مهمة القاضي على تسجيل الهبة في سجلات المحكمة ، فليس له أن يعترض عليها إلا إذا كانت لسبب غير مشروع ، وذلك مثل تشريعات سابقة لبعض الولايات الألمانية والولايات السويسرية . ومن التشريعات ما يجعل للقاضي سلطة واسعة في إقرار الهبة أو عدم إقرارها وقد تذهب هذه السلطة بعيدا إلى حد أن يرفض القاضي تسجيل الهبة لأنها تجرد الواهب من أسباب معيشتة ، وقد كان ذلك شأن التشريعات الأسبانية والبرتغالية السابقة على التشريعات الحالية .

وقد أخذ هذا الضرب من الشكلية يخفى من التشريعات ، ويسود الضرب الثاني وهو الشكلية التي تنصب على التراضي نفسه . وأكثر ما تكون هذه الشكلية ورقة رسمية يحررها موثق للعقود مختص ، كما هو الأمر في مصر وسورية وليبيا وفرنسا^(١) وإيطاليا وأسبانيا والبرتغال وهولندا . وقد تكون الجهة المختصة بتوثيق الهبة هي المحكمة ، كما هو الأمر في بعض الولايات الألمانية ، ولكن المحكمة في هذه الحالة تقتصر على مجرد التوثيق ، فلا تنتقل منه إلى التصديق . وقد تكون الرسمية هي تسجيل الهبة في الدائرة المختصة كدائرة الطابو أو السجل العقاري ، كما هو الأمر في العراق وفي لبنان^(٢) .

٣١ - شكلية الهبة في مصر هي الورقة الرسمية : وهبة العقار

في مصر لا تتم الا بورقة رسمية^(٣) ، فالشكلية في مصر هي الورقة الرسمية

(١) وفي فرنسا تخضع هبة العقار أيضاً ، حتى تكون نافذة في حق الغير . لإجراءات تسجيل من نوع خاص يختلف عن التسجيل بوجه عام (انظر ٩٣٩ مدني فرنسي - انيسكلاويدي دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٣٨٣ - فقرة ٤٦٣) . أما هبة العقار في مصر فتخضع للقواعد العامة للتسجيل .

(٢) انظر فيما تقدم بودري وكولان ١٠ فقرة ١٠٦٦ - فقرة ١٠٨٦ .

(٣) والإشهاد الشرعي قديماً كالورقة الرسمية تنقذ به الهبة (استئناف مصر ٨ ديسمبر

سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩١ .

كما قدمنا : وعلى المتعاقدين أن يتقدما لأى مكتب من مكاتب التوثيق ، وليس ضرورياً أن يكون هذا هو مكتب التوثيق الذى يوجد فى دائرته العقار المردوب ، فقد يكون هذا العقار فى إحدى مديريات الصعيد وتوثق الهبة فى مكتب للتوثيق بالقاهرة . ويقوم الموثق بتوثيق عقد الهبة ، بعد دفع الرسم المستحق . ويجب عليه قبل إجراء التوثيق أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهما ؛ وله أن يطلب إثباتاً لأهلية المتعاقدين تقديم ما يؤيد تلك الأهلية من مستندات كشهادة ميلاد أو شهادة طبية أو مستند آخر . وإذا تمت الهبة بوكيل . فعلى الموثق أن يتأكد من أن مضمون الهبة لا يتجاوز حدود الوكالة . ولا يجوز التوثيق إلا بحضور شاهدين كاملى الأهلية مقيمين بالإقليم المصرى ولهما إلمام بالقراءة والكتابة ولا صالح لهما فى الهبة ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة ، وعلى الشاهدين أن يوقعا عقد الهبة مع المتعاقدين والموثق . ويجب على الموثق قبل توقيع المتعاقدين على الهبة أن يتلو عليهما الصيغة الكاملة للعقد ، وأن يبين لهما الأثر القانونى المترتب عليه . وإذا اتضح للموثق عدم توافر الأهلية أو عدم توافر الرضا لدى المتعاقدين . أو إذا كانت الهبة المطلوب توثيقها ظاهرة البطلان كأن كان المال المرهوب مالا مستقبلا ، كان للموثق أن يرفض التوثيق وأن يعيد المحرر إلى ذوى الشأن بكتاب موصى عليه مع إبداء الأسباب . وللمتعاقدين أن يتظلموا إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها . وذلك فى خلال عشرة أيام من إبلاغ الرفض إليهما . ولهما أن يطعنا فى القرار الذى يصدره القاضى أمام غرفة المشورة بالمحكمة الابتدائية ، وقرار القاضى أو غرفة المشورة لا يجوز قوة الأمر المقضى فى موضوع الهبة ، فإذا قضى القرار بأهلية المتعاقدين أو بعدم أهليتهما أو بصحة الهبة أو ببطلانها لم يكن ذلك ججعة أمام القضاء العادى إذا رفعت إليه فيما بعد قضية فى هذا الشأن .

ويحتفظ مكتب التوثيق بأصل العقد ، ويسلم صورة تنفيذية منه لكل من المتعاقدين ، ثم يرسل صورة إلى المكتب الرئيسي بالقاهرة لحفظها فيه (١) .

٣٢ - قبول الهبة إذا كان متفقاً عن الإيجاب : وبغلب أن يكون قبول الموهوب له للهبة متصلاً بإيجاب الواهب ، فتحرر الورقة الرسمية متضمنة كلا من الإيجاب والقبول في وقت واحد . ولكن قد يفصل القبول عن الإيجاب ، فيوجب الواهب الهبة في وقت ويرسل إيجابه إلى الموهوب له ، فيقبل الموهوب له الهبة في وقت آخر . وفي هذه الحالة يجب أن يكون الإيجاب ، حتى ينعقد ، مكتوباً في ورقة رسمية على الوجه الذي أسلفناه . أما القبول ، فيشترط في القانون الفرنسي أن يكون أيضاً في ورقة رسمية (٢) . وكذلك فعل التقنين المدني السابق ، إذ نص في المادة ٧٠/٤٨ على ما يأتي : « إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمي ، وإلا كانت الهبة لاغية » .

ولكن التقنين المدني المصري الجديد لم يشترط صراحة أن يكون القبول إذا انفصل عن الإيجاب مكتوباً في ورقة رسمية ، بل اقتصر على القول بأن « تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة » . وقد يقال إن الهبة لإيجاب وقبول ، وما دامت الهبة يجب أن تكون بورقة رسمية ، فلا بد أن يكون كل من الإيجاب والقبول - متصلين أو منفصلين - في ورقة رسمية :

(١) انظر في كل ما تقدم قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ والمرسوم الصادر في ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٧ بلائحته التنفيذية .

(٢) بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٠٩٩ - بل يشترط أيضاً ، في القانون الفرنسي ، أن يعلن القبول للواهب عل يد محضر (م ٢/٩٣٢ فرنسي) ، حتى لو ثبت أن الواهب قد علم فعلاً بالقبول لم يكن ملزماً بالهبة قبل إعداده بالقبول ، ولا يلتزم إلا من وقت هذا الإعلان .

ولكن لما كان التقنين الجديد قد أغفل النص صراحة على أن يكون القبول بورقة رسمية ، فإنه لم يرد - كما أراد التقنين الفرنسي - أن يجعل لقبول الموهوب له شكلاً خاصاً . وتقضى القواعد العامة بأن الشكلية إذا كانت قد تقرر لحماية أحد المتعاقدين دون الآخر ، كما في الرهن . فإنه يكفي توافرها في رضا من تقرر حمايته ، فتجب في رضا المدين الراهن دون رضا الدائن المرتهن . وينبنى على ذلك أن قبول الهبة في التقنين المدني الجديد ، إذا كان منفصلاً عن الإيجاب ، يمكن أن يكون في ورقة عرفية ، بل يمكن أن يتم باللفظ ، أو حتى بمجرد السكوت كما أسلفنا القول^(١) ، على أن تسرى القواعد العامة في الإثبات . ذلك أن الشكلية قد تقرر أصلاً لحماية الواهب ، فجاز تيسيراً على الموهوب له أن يقبل الهبة بأي طريق من طرق التعبير عن الإرادة^(٢) ، وفي هذا تخفف من الشكلية في عقد الهبة^(٣) .

٣٣ - وجوب أنه تتضمن الورقة الرسمية جميع شروط الهبة :

وإذا جاز أن يكون القبول المنفصل للهبة في غير ورقة رسمية ، فإن الإيجاب المكتوب في ورقة رسمية يجب أن يشتمل على جميع عناصر الهبة من مال موهوب وواهب وموهوب له وجميع الشروط التي قد يحتويها هذا العقد من عوض والتزامات مفروضة على الموهوب له . ولا يجوز أن تستكمل هذه الورقة الرسمية ، في عنصر من عناصر الهبة أو في التزام فيها . بورقة

(١) انظر آنفاً فقرة ١٧ .

(٢) ومن ثم لا تشترط الرسمية في توكيل الموهوب له غيره في قبول الهبة ، وتشترط في توكيل الواهب غيره في إيجابها (انظر آنفاً فقرة ٢١) .

(٣) انظر في هذا المعنى ديموج ١ فقرة ٢٠٨ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ١١٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٥٩ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٤٣ - الأستاذ أكثم الخول فقرة ٧٦ .

عرفية ، وإلا كانت الشكلية ناقصة وكانت الهبة باطلة . وإنما يجوز تفسير عقد الهبة ، فيما اشتمل عليه من عناصر والتزامات وشروط ، بأوراق عرفية أو بمراسلات أو بدلائل مادية أو بيينة أو بقرائن أو بغير ذلك مما يستعان به عادة في تفسير العقود ، فإن عقد الهبة يفسر بالطرق ذاتها التي تفسر بها سائر العقود (١) .

٣٤ - شكل الهبة يخضع لقانونه البلد الذي تمت فيه : وكل ما أوردناه

في شكل الهبة إنما يكون إذا أبرمت الهبة في مصر . أما إذا أبرمت خارج مصر ، فإن المادة ٣٠ مدني تنص على أن « العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية . كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك » . فإذا وهب فرنسي من فرنسي آخر مالا في مصر حيث يقمان ، وصدرت الهبة في إيطاليا ، فإن شكل هذه الهبة يجوز أن يخضع للقانون الإيطالي وهو قانون البلد الذي تمت فيه الهبة (locus regit actum) . كما يجوز أن يخضع للقانون الفرنسي ، إما باعتباره القانون الذي يسرى على الأحكام الموضوعية للهبة إذ الهبة تعد من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى الفرنسيين ، وإما باعتباره القانون الوطني المشترك للمتعاقدين . ويجوز أخيراً أن يخضع للقانون المصري ، باعتباره قانون موطن المتعاقدين . وتفصيل ذلك مكانه القانون الدولي الخاص .

(١) بودري وكولان ١٠ فقرة ١٠٩٩ - فقرة ١١٠٠ - والرجوع في الهبة لا تشترط فيه ورقة رسمية كما تشترط هذه الورقة في إبرام الهبة ، بل يصح أن يكون الرجوع في ورقة عرفية ، أو أن يكون دلالة كما يقع عند تصرف الواهب في المال الموهوب (بلانيول وريبير وترانسبو فقرة ٣٦٥ - چوسران ٣ فقرة ٣٠٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٥٩ ص ٧٨) .

(ب) شكل الهبة في المنقول

٣٥ - هبة المنقول تتم بورقة رسمية : وهبة المنقول يصح أن تتم بورقة رسمية . كهبة العقار . ونص الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ مدني عام شامل للعقار والمنقول ، فهو يقول : « تكون الهبة بورقة رسمية » . فيجوز إذن أن تنعقد الهبة في المنقول بورقة رسمية^(١) ، وكل ما قررناه عن الورقة الرسمية في انعقاد هبة العقار يسرى على هبة المنقول . فيجب أن توثق هبة المنقول في مكتب للتوثيق ، وفقاً للأوضاع والرسوم التي بينهاها في هبة العقار ، ويجب أن تتضمن الورقة الرسمية جميع عناصر الهبة وشروطها وجميع ما عسى أن يفرض من التزامات على الموهوب له . وإذا كان القبول في هبة المنقول منفصلاً عن الإيجاب ، جاز أن يكون القبول في ورقة عرفية ، بل جاز أن يكون شفويّاً أو بالسكوت على الوجه الذي ذكرناه في هبة العقار .

وإذا وثقت هبة المنقول في ورقة رسمية ، انعقدت الهبة دون حاجة إلى أي إجراء آخر ، شأنها في ذلك شأن هبة العقار . فلا ضرورة لانعقاد هبة المنقول الموثقة بورقة رسمية إلى القبض ، فالقبض في هبة المنقول ليس لإجراء واجباً إلى جانب الورقة الرسمية ، بل هو إجراء يغني عن الرسمية . فلا محل إذن للجمع بين الإجراءين ، الرسمية والقبض^(٢) .

فالورقة الرسمية تكفي إذن في هبة المنقول . أما في فرنسا ، فلا بد إلى جانب الورقة الرسمية من كشف يبين المنقولات الموهوبة مع تقدير

(١) ومن ثم فالتعهد بترتيب إبراء لشخص على سبيل التبرع يستلزم الرسمية ، ما لم تكن الهبة مستترة باسم عقد آخر (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٨) .

(٢) فقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ ص ٥٧٣ - استئناف . طئي ٢٨ مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤٥٨ ص ٣٠٩ .

قيمتها (état estimatif) . ويوقع على هذا الكشف كل من الواهب والموهوب له . ويرفق بأصل الورقة الرسمية للهبة ، وتقضى بكل ذلك المادة ٩٤٨ من التتئين المدنى الفرنسى . والمقصود من هذا الإجراء هو حصر المنقولات الموهوبة . فلا يتمكن الواهب بعد الهبة من استرجاع بعض هذه المنقولات أو إتلافها أو إبدال غيرها بها من منقولات أقل قيمة^(١) . وفى مصر لا ضرورة لهذا الكشف فى هبة المنقول كما قدمنا ، ويمكن أن تعين المنقولات الموهوبة فى الورقة الرسمية للهبة تعييناً كافياً بحيث لا يقع لبس فيها ، تطبيقاً للقواعد العامة فى تعيين المحل .

٣٦ - ويجوز أن تتم هبة المنقول أياً بالقبض - الهبات اليدوية :

والورقة الرسمية ليست الطريقة الوحيدة لانعقاد هبة المنقول كما قدمنا ، فكما تنعقد هبة المنقول بالورقة الرسمية يجوز أيضاً أن تنعقد بالقبض ، ويغنى القبض فى هذه الحالة عن الورقة الرسمية كما سبق القول . فهبة المنقول إما أن تكون عقداً شكلياً إذا انعقدت بورقة رسمية ، وإما أن تكون عقداً عينياً إذا انعقدت بالقبض^(٢) . وإذا لجأ المتعاقدان إلى القبض فى إبرام هبة المنقول ، سميت الهبة عندئذ بالهبة اليدوية (don manuel) .

وفى فرنسا لا يوجد نص صريح يجعل القبض كافياً فى انعقاد هبة المنقول ، ولكن الفقه والقضاء مجمعان على صحة الهبات اليدوية ، وتم بمجرد القبض دون حاجة إلى ورقة رسمية ، بل ولا إلى كشف ببيان المنقولات الموهوبة وتقدير قيمتها . ويستندون فى فرنسا ، فى صحة الهبات

(١) انظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٦٠ - بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٢٥٩ - فقرة ١٢٧٨ .

(٢) ويؤدى القبض ما تؤدى الرسمية من أغراض ، إذ أن تجرد الواهب عن حيازة المال الموهوب كفيل كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٢٨) بتوجيه نظره إلى ما ينطوى عليه عقد الهبة من خطر (أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ don manuel فقرة ٤) .

اليدوية ، إلى التقاليد القديمة ، وإلى أن نص المادة ٩٣١ مدني فرنسي لا يحرم الهبات اليدوية ، إذ أن هذا النص إنما يشترط الرسمية في السند (acte) الذي تكتب فيه الهبة ، فإذا كانت هبة المنقول بغير سند مكتوب فإنها تخرج عن نطاق هذا النص ، كما يستندون إلى بعض نصوص تشريعية أخرى لا محل هنا لذكرها . والذي يعيننا فيما تستند إليه الهبة اليدوية في فرنسا أنها تؤسس هناك على حيازة الموهوب له للمنقولات الموهوبة حيازة كاملة ، وهي الحيازة التي يحميها القانون بدعاوى الحيازة وتفضي في بعض الأحيان إلى التملك ، ولا يكفي مجرد القبض بطريقة من الطرق التي نص عليها القانون في البيع تنفيذا لالتزام البائع بتسليم الشيء المبيع^(١) .

أما في مصر ، فتقاليد الفقه الإسلامي تقضي بأن الهبة لا تتم إلا مقبوضة^(٢) . وقد وجد نص صريح في التقنين المدني يقضي بأن الهبة في

(١) انظر في اعتبارات تاريخية في فرنسا أدت إلى صحة الهبات اليدوية أوبري ورو وإسمان

١٠٠ فقرة ٦٥٩ هامش ٣٨ .

(٢) عند الحنفية ، لا ينتقل ملك الموهوب إلا بالقبض . أما قبل القبض فالملك للواهب ، وله أن يرجع في هبته إذا أراد ، فتصح الهبة إذن قبل القبض ولكنها تكون هبة غير لازمة يرجع فيها الواهب إذا أراد دون اعتداد بموانع الرجوع ، ولا ينتقل الملك فيها إلى الموهوب له . فإذا قبضت الهبة - بإذن الواهب الصريح أو بإذنه الضمني في مجلس العقد - انتقل الملك إلى الموهوب له ، وأصبح لا يجوز للواهب الرجوع إلا إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع المعروفة . فلهبة عند الحنفية مراحل ثلاث : المرحلة الأولى مرحلة العقد . ويكون غير نافذ فلا ينقل الملك ، وغير لازم فيجوز الرجوع فيه . والمرحلة الثانية مرحلة القبض ، وبه ينفذ العقد فينتقل الملك ، ولكنه لا يلزم . والمرحلة الثالثة قيام مانع من موانع الرجوع . وبه يلزم العقد . انظر البدائع جزء ٦ ص ١٢٣ - الهداية على هامش فتح القدير ٧ ص ١١٣ - ص ١١٧ .

وعند الشافعية والحنابلة ، لا تلزم الهبة ولا ينتقل الملك إلا بالقبض بإذن الواهب ؛ فقبل القبض يجوز للواهب الرجوع ، ولا ينتقل الملك . وبعد القبض بإذن الواهب ينتقل الملك ، وتلزم الهبة ولا يجوز للواهب الرجوع أصلا إلا في حالة اعتصار الوالد الهبة لولده . فلهبة عند الشافعية والحنابلة مرحلتان : المرحلة الأولى مرحلة العقد ، ويكون غير نافذ فلا ينقل الملك ، وغير لازم فيجوز الرجوع فيه ، وهذه المرحلة الأولى عند الشافعية والحنابلة هي كالمرحلة

المنقول تم بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية . وجد هذا النص في التقنين المدني السابق ، إذ كانت المادة ٧١/٤٩ من هذا التقنين تقضى بأن « تعتبر الهبة في الأموال المنقولة صحيحة بدون احتياج إلى تحرير عقد رسمي بها إذا حصل تسليمها بالفعل من الواهب واستلامها من الموهوب له^(١) » . ووجد هذا النص أيضاً في التقنين المدني الحديث ، إذ تقضى الفقرة الثانية من المادة ٤٨٨ مدني بما يأتي : « ومع ذلك يجوز في المنقول أن تم الهبة بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية^(٢) » .

= الأولى عند الحفية . والمرحلة الثانية مرحلة القبض ، وبه ينفذ العقد فينتقل الملك . ويلزم إلا في اعتصار الهبة ، وهذه المرحلة اثنائية عند الشافعية والحنابلة تقوم مقام المرحلتين الثانية والثالثة عند الحفية . انظر المذهب ١ ص ٤٤٧ - المفني ٥ ص ٥٩١ - ص ٥٩٣ .
وعند المالكية يستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم ، وله أن يقبض الهبة بغير إذن الواهب ، فإذا تم القبض انتقل الملك إلى الموهوب له . فالظاهر أن للهبة عند المالكية مرحلة واحدة هي مرحلة العقد ، فيكون بمجرد اقمقاده نافذاً لازماً (إلا في حالة اعتصار الهبة) ، ومن ثم يلزم الواهب بالتسليم متى تم التسليم انتقل الملك . انظر الخرشى ٧ ص ١٠٥ - ص ١٠٦ .

(١) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٨١ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ جازيت ١٣ - رقم ١٠ ص ٤ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨٦ .

(٢) ومتى تمت الهبة اليدوية بالقبض ، فكل الشروط التي تتضمنها هذه الهبة والاتفاقات الملحقة (pactes adjoints) من التزامات وعوض ونحو ذلك تكون صحيحة (أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ don manuel فقرة ٩٨ - فقرة ١١٤) . فيجوز في الهبة اليدوية أن يحتفظ الواهب بحق الانتفاع أو بملك الرقبة ، وأن يقرن الهبة بشروط أو التزامات أخرى (بلانيول وريبيروترانسبو ٥ فقرة ٤٠١ وما بعدها - جوسران ٣ فقرة ١٣٣٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٨٠) .

هذا والوعد بالهبة اليدوية - ككل وعد بهبة - لا يتم إلا بورقة رسمية ، لأن القبض في هذه الحالة لا يقع . فإذا كان الوعد بهبة يدوية مكتوباً في ورقة عرفية كان باطلاً ، ويجوز للواعد الرجوع في وعده . ويجوز لورثته أن يمتنعوا عن تسليم المنقول . وإذا سلم الواعد أو ورثته المنقول ، كان هذا هبة يدوية مبتدأة لا تنفيذاً للوعد بالهبة . فلا بد فيها من إيجاب وقبول =

ونلاحظ منذ الآن الفرق في التعبير بين نص التفتين السابق ونص التفتين الجديد . فالتفتين السابق يتمشى مع تقاليد القانون الفرنسى ، إذ يشترط في هبة المنقول التسليم الفعلى من الواهب والتسليم الفعلى من الموهوب له . وهذا وذاك يؤيدان معاً إلى نقل الحيابة إلى الموهوب له على النحو الذى ذكرناه فى القانون الفرنسى . أما التفتين الجديد فلا يذكر التسليم والتسليم الفعلين ، ويكتفى بمجرد القبض^(١) ، حتى أنه لما اقترح فى لجنة مجلس الشيوخ أن يضاف نص يقضى بوجوب التسليم والتسليم الفعلين ، لم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح « فليس ثمة ما يدعو إلى تعريف القبض على هذه الصورة بالنسبة إلى الهبة بخصوصها »^(٢) . وهذا المعنى العام الذى أعطى للقبض فى هبة المنقول هام فى المسألتين اللتين نتكفل الآن ببحثهما فى هذا الصدد : (أولاً) كيف يتم القبض فى الهبة اليدوية . (ثانياً) ما هى المنقولات التى يصح أن تكون محلاً للهبة اليدوية .

٣٧ - كيف يتم القبض فى الهبة اليدوية : قدما أن القبض فى القانون الفرنسى وفى التفتين المدنى السابق يجب أن يكون قبضاً فعلياً من الجانبين ، أى تسليمياً فعلياً من الواهب وتسليمياً فعلياً من الموهوب له ، بحيث تنتقل حيابة الموهوب إلى الموهوب له حيابة كاملة تحمىها دعاوى الحيابة وتنفضى إلى التملك .

= جديدين (بلانيول وريبير وترانسبو) فقرة ٣٨٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى ، العقود المسماة ٢ فقرة ٨١) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى لتفتين المدنى الجديد يحمل هبة المنقول لا تتم إلا بالقبض الفعلى ، فكانت المادة ٦٦١ من هذا المشروع تنص على أنه « لا تتم هبة المنقول إلا بتسليم الموهوب تسليمياً فعلياً وقبضه » . وفى لجنة المراجعة عدل هذا الحكم من ناحيتين : (أولاً) جعلت هبة المنقول تتم بورقة رسمية أو بالقبض . (ثانياً) وإذا تمت بالقبض فلا يشترط فيه أن يكون قبضاً فعلياً (انظر آنفاً فقرة ٢٧ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٥١ - وانظر آنفاً فقرة ٦٠ فى الهامش ..

أما في التقنين المدني الجديد فيبدو أن المشرع لم يرد أن يتقيد بهذا التحديد في القبض ، فأطلق اللفظ ، وأصبح قبض الهبة معادلاً لتسليم المبيع^(١) . وقد رأينا في البيع أن المادة ٤٣٥ مدني تنص على ما يأتي :

١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع . ٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين ، إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية . ويخلص من ذلك أن القبض في الهبة اليدوية قد يكون تسليماً فعلياً من الواهب وتسليماً فعلياً من الموهوب له ، وقد يكون تسليماً فعلياً من الواهب غير مقترن بتسليم فعلي من الموهوب له^(٢) . وقد يكون تسليماً حكماً . ونستعرض هذه الصور المختلفة .

يكون التسليم والتسلم الفعلي للمنقول عادة بالمناولة ، فينقل الواهب الموهوب له المنقول الموهوب يبدأ يبد ، وتنقل بذلك حيازة الموهوب من الواهب إلى الموهوب له ، فتم الهبة بالقبض . وهذا إذا كانت طبيعة المنقول تسمح بمناولته مناولة مادية . كما إذا كان المنقول نفوداً^(٣)

(١) ويقرب هذا عما قدمناه في قبول الهبة ، ففي القانون الفرنسي للقبول في الهبة إجراءات خاصة تميزه من القبول في العقد بوجه عام ، أما قبول الهبة في القانون المصري فشأنه شأن القبول في العقد بوجه عام . وكذلك القبض في الهبة اليدوية ، فله في القانون الفرنسي معنى خاص يتضمن تسليم الموهوب له للهبة تسليماً فعلياً . أما في التقنين المصري فالقبض في الهبة اليدوية شأنه شأن القبض في عقد البيع وفي أي عقد آخر ، ولا يتضمن حقاً تسليم الموهوب له للهبة تسليماً فعلياً . وكما أنه لا يشترط في التقنين المدني الجديد أن يقبل الموهوب له الهبة قبولاً خاصاً بإجراءات معينة ، كذلك لا يشترط في هذا التقنين أن يقبض الموهوب له الهبة اليدوية قبضاً خاصاً على وجه معين .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١٠٦ . ويسمى هذا التسليم تسليماً حكماً .

(٣) ويصح أن يتم تسليم النفود بتحويل مبلغ من الحساب الجاري للواهب إلى الحساب الجاري للموهوب له (virement de compte) (أنيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ dom manuel فقره ٢١) .

أو ساعة أو خاتماً أو مجوهرات أو أثاثاً أو كتباً أو نحو ذلك من المنقولات المادية . وإذا كان الموهوب حقاً شخصياً حوله الواهب للموهوب له على سبيل التبرع ، فالتبض يكون بتسليم سند الحق للموهوب له ليتمكن من استعماله في مواجهة المحال عليه . ويخلص من ذلك أن القبض في هبة المنقول يتكيف بحسب طبيعة المبيع^(١) . وقد يسلم الواهب المنقول لوسيط بقصد تسليمه للموهوب له ، فيتم القبض عادة بتسليم الوسيط المنقول للموهوب له وفقاً لتعليمات الواهب ، ويكون الوسيط في هذه الحالة نائباً عن الواهب^(٢) . وقد يكون الوسيط نائباً عن الموهوب له^(٣) ، فيتم القبض بتسليم الواهب المنقول للوسيط ، ولا حاجة في تمام القبض لأن يسلم الوسيط المنقول للموهوب له فقد تسلمه نيابة عنه ويده هي يد الموهوب له^(٤) .

وقد يتم القبض بالتسليم الفعلي من الواهب ، بأن يضع المنقول تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن هذا من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولكن الموهوب له لا يستولى على المنقول بالفعل استيلاء مادياً . فما دام

(١) فإذا كان الموهوب متجراً ، تم القبض باستيلاء الموهوب له على المتجر وباتخاذة صفة المدير له ، حتى لو بنى اسم الواهب اسماً للمتجر كما يقع ذلك في بعض الأحيان (استئناف غنط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١١٨) . وإذا كان الموهوب بوليصة تأمين لحاملها ، تم القبض بتسليم البوليصة للموهوب له (محكمة الاسكندرية التجارية المختلطة ٨ يونيو سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ١٧٦ ص ٥٣٦) .

(٢) فإذا كان الوسيط لم يسلم المنقول بعد للموهوب له ، جاز للواهب أن يترده منه لو أن يمنعه من تسليمه للموهوب له ، فلا تتم الهبة (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٣٥) .

(٣) انظر في عدم جواز أن يكون الوسيط فضولياً يتسلم نيابة عن الموهوب له دون ترخيص منه بودرى وكولان ١٠ فقرة ١١٦٦ - فقرة ١١٦٩ - أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ هامش ٥٢ - أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ don manuel فقرة ٤١ - فقرة ٤٣ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن إعطاء الواهب مبلغاً من النقود لأمين عن القصر وإيداع الأمين هذا المبلغ خزانة المجلس الحسبى لحساب القصر يعتبر قبضاً كاملاً لتصح الهبة (٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٠٨ ص ٤٧٥) .

الموهوب له عالماً بوضع المنقول تحت تصرفه متمكناً من الاستيلاء عليه ، فإن هذا يكفي لتام القبض في الهبة كفايته لتام التسلم في المبيع^(١) . وهذه

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ . ويترتب على ذلك أن إيداع أب نقوداً في أحد المصارف باسم ولده قاصداً التبرع له بالمبلغ المودع يمكن أن يكون هبة يدوية تمت بالقبض ، وذلك بالتسليم الفعل من الواهب مع علم الموهوب له بأن المبلغ مودع باسمه وتحت تصرفه . أما إذا كان الابن قاصداً ، فهذه هبة يدوية تمت بالقبض وناب الأب عن ولده القاصر في ذلك (قارن الأستاذ محمود حال الدين زكى فقرة ١٢٨) .

على أن نية الهبة - كما تقول محكمة النقض - لا تفترض ، « ونعمل الإيداع ليس من شأنه بمجرد أن يفيدها ، إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجح » (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٨ ص ٥٩٠) . وقضت محكمة النقض أيضاً في هذا المعنى بأنه لما كان مجرد إيداع مبلغ من النقود باسم شخص معين لا يقطع في وجود نية الهبة عند المودع ، فإن الإيداع لا يفيد حتماً الهبة ، بل يجب الرجوع في تعرف أساس الإيداع إلى نية المودع . ولا يكون الحكم قد خالف القانون إذا قضى باعتبار إيداع مبلغ صندوق التوفير باسم شخص آخر غير المودع إنما كان على سبيل الوصية لا على سبيل الهبة ، متى أقام قضاءه على أسباب مائفة . وإن قرينة حيازة شخص لمال مودع صندوق التوفير المستمدة من تحرير دفتر التوفير باسمه هي قرينة قانونية غير قاطعة يمكن دفعها بكافة أوجه الإثبات بما فيها القرائن (نقض مدني ٢٦ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٥ ص ١٢٥) . وفي حكم ثالث أقرت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع بأن إيداع الوالد مبلغاً من النقود باسم ولديه في البنك ، وفتح حساب خاص بالولدين ، من شأنه أن يخرج المال نهائياً من حيازة المودع فيصبح في حيازة صاحب الحساب ، وأن قبضه تم بواسطة شخص ثالث وهو البنك وهذا جائز قانوناً . وما كان الوالد يستطيع سحب المبلغ إلا بصفة أخرى كوني على الولدين بحيث لو زالت هذه الصفة لما استطاع سحب المبلغ . ولما كانت الحيازة قد أصبحت للولدين بإيداع هذا المبلغ باسميهما في البنك ، فإنهما يستفيدان من القرينة القانونية وهي اعتبارهما مالكين طبقاً للمادة ٦٠٨ مدني التي تفترض السند الصحيح وحسن النية ، وليس الولدان ملزمين بإثبات الهبة إذ أن السند الصحيح مفترض ، فكان الواجب على الخصم أن يقيم هو الدليل الإيجابي على أن الهبة لم تتحقق (نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٦ ص ١٨٤) .

وقضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأن إيداع الواهب أوراقاً مالية لحساب الموهوب له في البنك يعتبر قبضاً (٢٤ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ٢٣٠ ص ٣٦٠ - وانظر أيضاً استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠٧) - وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن تقييد المورث للودائع باسم الوارث يعتبر قانوناً هبة غير مباشرة بطريق الاشتراط =

الصورة لا تعتبر قبضاً في القانون الفرنسى ولا في التقنين المدني المصرى السابق ، لأنه يشترط في هذين القانونين أن يتم تسليم الموهوب له فعلاً للمنقول كما سبق القول .

يبقى أن نبين أن القبض الحكى في هبة المنقول يكفى لتام الهبة كما يكفى لتسليم المبيع . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدنى في خصوص البيع تنص على ما يأتى : « ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية »^(١) . وهذا النص إنما هو تطبيق تشريعى لمبدأ عام فى انتقال الحيازة ، إذ تنص المادة ٩٥٣ مدنى على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه فى الحيازة ، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه » . فلقبض الحكى صورتان : (الصورة الأولى) أن يكون المنقول فى حيازة الموهوب له قبل الهبة ، بإجارة أو إعارة أو وديعة أو رهن حيازى أو نحو ذلك ، ثم تقع الهبة . فيتفق الواهب مع الموهوب له على أن يبقى المنقول فى حيازة هذا الأخير ، ولكن لا كستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن ، بل كمالك عن طريق الهبة . ولا نرى مانعاً من أن تنطبق هذه الصورة من القبض الحكى على هبة المنقول ، فإن الواهب فيها يكون قد تجرد عن حيازة المنقول بعد الهبة باتفاق جديد غير الاتفاق على الهبة ، وهذا يكفى فى تنبيه الواهب إلى خطر

= لمصلحة الغير ، فلا يشترط فيها الشكل الرسمى ولا قبول الموهوب له وقت الإيداع (١٨ أبريل سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤٦٥ ص ١٠٦٦ - ويلاحظ على هذا الحكم أنه لا محل هنا للكلام عن الاشتراط لمصلحة الغير ، وإنما أودع المورث مبلغاً من النقود باسم وارثه فجعلها تحت تصرفه ، فتمت الهبة اليدوية على هذا النحو كما قلنا : قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٢٨ - ص ١٢٩) .

(١) انظر فى خصوص البيع آنفاً فقرة ٣٠٨ .

ما أقدم عليه ، ويكفى في الوقت ذاته في التدليل على أن الواهب قد صمم على المضي في هبته ، فهو لم يتفق مع الموهوب له على الهبة فحسب بل اتفق معه أيضاً على نقل الحيازة إليه^(١) . (والصورة الثانية) أن يبقى المنقول في حيازة الواهب بعد الهبة ، ولكن لا كمالك بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو غير ذلك مما يترتب على عقد يستلزم نقل حيازة الشيء .

ولا نرى أن هذه الصورة من القبض الحكيمى تكفى لتتام الهبة اليدوية ، لأن الواهب لم يتجرد عن الحيازة على وجه ينهبه إلى خطر ما أقدم عليه ويدل على تصميمه على المضي في الهبة^(٢) . فلا بد إذن من أن يسلم الواهب المنقول للموهوب له ، ثم يرده الموهوب له للواهب على سبيل الإيداع أو الإيجار أو العارية أو أى سبيل آخر .

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص هو المادة ٦٧٣ من هذا المشروع ، تنص الفقرة الثالثة منها على ما يأتي : « أما إذا كان (الموهوب) منقولاً فلا تنتقل الملكية إلا بالقبض الحقيقي الكامل ، فإن كان المنقول موجوداً في حيازة الموهوب له وقت الهبة ، فتنقل الملكية بمجرد الاتفاق على الهبة دون حاجة إلى قبض جديد » . وقد حذفت المادة ٦٧٣ من المشروع في لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥ في الهامش) . وانظر أيضاً المادة ٥٠٢ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية ، في عهد التقنين المدني السابق حيث كان القبض يشترط فيه أن يكون فعلياً ، بأنه إذا كان المبلغ الموهوب موجوداً تحت يد الموهوب له وقت حصول الهبة ، يعتبر الموهوب له كأنه قبضه بالفعل بتحويل صفته من مودع لديه لموهوب له (٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ رقم ٦٣٥ ص ٧٤٧) .

وتنص المادة ٦٠٦ من التقنين المدني العراقي على أنه « إذا وهب أحد ماله لمن كان هذا المال في يده ، اعتبرت الهبة مقبوضة دون حاجة إلى قبض آخر » (انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٠) .

وفي القانون الفرنسي نفسه يجوز القبض على هذا النحو ، في الهبة اليدوية (لوران ١٢ فقرة ٢٧٧ - أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٣٤ - أنميكلويدى دالوز ٢ لفظ don manuel فقرة ١٩ - فقرة ٢٠) .

(٢) انظر الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١٠٦ - ص ١٠٧ .

٣٨ - المنقولات التى يصح أن تكون محلا للهبة اليدوية : تقول

الفقرة الثانية من المادة ٤٨٨ مدنى : « ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية » . ونرى من ذلك أن النص أطلق ، فلم يميز بين منقول ومنقول ، فكل منقول يصح أن يكون محلا للهبة اليدوية . أما فى القانون الفرنسى وفى التقنين المدنى المصرى السابق ، فالقبض الفعلى ضرورى لتام هبة المنقول كما قدمنا ، فلا يصح فى هذين القانونين أن يكون محلا للهبة اليدوية إلا منقول قابل أن يرد عليه القبض الفعلى ، أى المنقولات المادية وحدها .

ففى التقنين المدنى المصرى الجديد إذن يصح أن يكون محلا للهبة اليدوية المنقولات المادية والمنقولات المعنوية .

فإذا وهب شخص لآخر نقوداً أو مجوهرات أو كتباً ، وقبضها الموهوب له ، تمت الهبة^(١) . ويجوز أن تقع الهبة على حق الانتفاع

(١) وما ترد عليه الهبة اليدوية الجهاز . فإذا جهز الأب ابنته - ولم نقل إن هناك التزاماً طبيعياً على الأب فى هذه الحالة - وسلمها الجهاز ، فقد تمت الهبة ، وليس للأب أولورثته استرداد الجهاز بعد ذلك . أما إذا لم يسلمه لها ، فلا تملكه ، ويجوز للأب أن يرجع فى هبته لأن الهبة لم تتم . وإذا سلمه لها فى مرض موته ، كان حكمه حكم الوصية (انظر المادة ١١٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) . وإذا كانت البنت قاصرة ، ففراء أبيها الجهاز يكتفى لتام الهبة ، لأن الأب يقوم مقام ابنته القاصرة ، فى القبض ، فكأنها هى التى قبضت الجهاز (انظر المادة ١١٤ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) .

وإذا حرر الأب سنداً على نفسه لابنته وظهر من السند أنه هبة بمناسبة الزواج ، فالهبة مكشوفة لا مستترة ، ولا تتم إلا بقبض قيمة السند أو بكتابة السند فى ورقة وصية (محكمة مصر الكلية الوطنية ١٢ أبريل سنة ١٩٢٧ الخيرة الرسمية ٢٨ رقم ١٠٧ ص ٢٠٣ - الألبكية ٢٨ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٧٩ ص ٤٤٣) . وإذا تبرع إخوة لأختهم بنفقات جهازها واشتروا الجهاز ، ولكنهم لم يسلموه لأختهم فالهبة لم تتم ، ولا تتم إلا بتسليم الأخت الجهاز (استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١/٢٣٣ ص ٣١٢) .

(usufruit) في الكتب أو المجوهرات دون الرقبة ، أو على الرقبة دون حق المنفعة . وتم الهبة اليدوية في هذه الأحوال جميعاً بقبض الموهوب له الكتب أو المجوهرات ، على اعتبار أن المقبوض هو الملكية الكاملة أو حق الانتفاع وحده أو حق الرقبة وحده^(١) .

وبصح أن ترد الهبة اليدوية في التقنين المصري الجديد على السندات ، سواء كانت لحاملها (au porteur) ، أو كانت تحت الإذن (à ordre) ، أو كانت سندات اسمية (titres nominatifs) ، فهذه كلها منقولات ، وإن كانت منقولات معنوية . ويقبضها الموهوب له بالتسلم الفعلي في السندات لحاملها ، وبالتظهير مع تسليم السند في السندات تحت الإذن ، وينقل السند إلى اسمه طبقاً للإجراءات المقررة لذلك مع تسليم السند في السندات الاسمية .

= وإذا تعهدت أم لبنها بدفع مبلغ بصفة « دوة » (مهر) ، فاذبة لا تتم إلا إذا كان التعهد في ورقة رسمية ، أو إذا سلمت الأم المبلغ لبنها فتم الهبة بالقبض (مصر الكلية الوطنية ٢٠ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٣٧٨ ص ٤٤١) .

وقضى بأن الإعانة التي تدفعها وزارة المعارف للمدارس الحرة هي هبة يدوية فلا تتم إلا بالقبض ، أما قبل القبض فلا تملكها المدونة المعانة ولا يجوز لدائنيها الحجز عليها (الموسكى ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٤ ص ٦٨٧) . ولكن قضى من جهة أخرى أن هذه الإعانة ليست تبرعاً محضاً ، بل الغرض منها ترقية مستوى التعليم ، ويقابلها شروط خاصة يجب أن تتوافر في المدرسة المعانة ، ومن ثم تكون دبناً للمدرسة في ذمة وزارة المعارف ، ويجوز لدائني المدرسة الحجز عليها تحت يد الوزارة (الاسكندرية الكلية البريطانية ٧ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٣٨ ص ٢٧٣) . وانظر في كل ذلك الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٨٢ .

(١) وقد اختلف الفقه في فرنسا في جواز ورود الهبة اليدوية على حق الانتفاع أو على حق الرقبة ، فذهب فريق إلى عدم الجواز إذ يرون أن القبض الفعلي بالنسبة إلى هذه الحقوق المجردة يصعب تصوره . ولكن الرأي الذي ساد في الفقه وفي القضاء في فرنسا هو الجواز . ويقع القبض الفعلي على الشيء محل حق الانتفاع أو حق الرقبة (انظر هذه المسألة في القانون الفرنسي بودرى وكولان ١٠ فقرة ١١٧٥ - فقرة ١١٧٩) . فإذا كان هذا الرأي هو الذي ساد في فرنسا ، فأول أن يسود في مصر حيث لا يشترط القبض الفعلي في الهبة اليدوية كما قدما .

أما في فرنسا فترد الهبة اليدوية على السندات لحاملها دون غيرها ، لأنها في حكم المنقولات المادية ، ولا ترد الهبة اليدوية على السندات تحت الإذن ولا على السندات الإسمية^(١) .

ويصح أن ترد الهبة اليدوية في التقنين المدني المصري الجديد على الديون (créances) ، وإن كانت منقولات معنوية . فيجوز إذن أن يحول الدائن لأجنبي الدين الذي له في ذمة المدين وفقاً للإجراءات المقررة في حوالة الحق ، وتكون الحوالة على سبيل التبرع ، ثم يتسلم الموهوب له سند الدين وهذا هو القبض^(٢) .

أما الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، كحقوق المؤلف وبراءة الاختراع والعلامات التجارية وغير ذلك ، فهذه تنظمها قوانين خاصة . وقد نصت المادة ٨٦ مدني صراحة على ذلك إذ تقول : « القوانين التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » . فلا ترد على هذه الحقوق الهبة اليدوية ، لا في فرنسا ولا في مصر^(٣) . ولكن ذلك لا يمنع من أن ترد الهبة اليدوية على نتاج هذه الملكية إذا كانت منقولا ، فترد على كتاب بالذات هو نتاج حق المؤلف ، أو على تمثال أو على صورة زيتية أو نحو ذلك وهذا هو نتاج حق الفنان . كذلك المتجر^(٤) (fonds de commerce) ،

(١) بودري وكولان ١٠ فقرة ١١٨٥ - فقرة ١١٨٩ .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١١٠ - أما في فرنسا فلا ترد الهبة اليدوية على الديون ، لأنها غير قابلة للقبض للفعل .

(٣) بودري وكولان ١٠ فقرة ١١٨٠ - فقرة ١١٨٤ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١١٠ .

(٤) ولكن تجوز هبة البضائع التي يحتويها المتجر هبة يدوية . أما المنقولات المعنوية كالعلامة التجارية وبراءة الاختراع ، فلا تصلح محلا للهبة اليدوية كما قدمنا (الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١١١ هامش رقم ١) .

وإن كان منقولاً ، يخضع لقانون خاص ينظمه . وكذلك السفن^(١) والطائرات ، فهي تخضع لنظم خاصة^(٢) .

٣٩ - **الوثبات في الهبة اليدوية** : وتخضع الهبة اليدوية للقواعد العامة المقررة في الإثبات : وتعرض الحاجة عملاً لإثبات الهبة اليدوية في فرضين مختلفين : (١) أن يدعى الحائز لمنقول أن هذا المنقول قد وهبه له صاحبه وقبضه منه ، فتمت الهبة بالقبض . (٢) أن يدعى شخص أنه قد وهب آخر منقولاً وسلمه إياه ، ويريد الآن الرجوع في الهبة وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن ، فينكر حائز المنقول أنه تلقى المنقول هبة من المدعى .

والفرض الأول ، حيث يدعى حائز المنقول أن المنقول قد وهبه له صاحبه ، يعرض غالباً عند موت الواهب . فتجد الورثة أن بعض منقولات المورث في أيدي من كانوا يحيطون به عند موته من عشراء وممرضين وخدم ومن إليهم ، فيقع النزاع بين الوارث والحائز للمنقول ، الأول يدعى أن المنقول ملك للمورث فيدخل في التركة ، والآخر يقول إن المورث وهبه له قبل موته وسلمه إياه فأصبح ملكه^(٣) . ففي هذا الفرض لو أن من يدعى الهبة لم يكن حائزاً للمنقول ، لوجب عليه وفقاً للقواعد العامة أن يثبت عقد الهبة^(٤) ، وأن يثبت فوق ذلك أنه قبض المنقول

(١) تقضى المادة ٣ من التقنين التجارى البحرى بوجوب الرسمية في السفن البحرية .
(٢) وغنى عن البيان أن الهبة اليدوية لا ترد على منقول غير معين إلا بنوعه لأنه لا يصلح للقبض الفعل (أوبرى ورو وإسبان ١٠ ققرة ٦٥٩ ص ٥٣٣) ، ولا للقبض الحكى . ولكن الهبة اليدوية ترد على جزء شائع في منقول معين ، لأنه يصلح للقبض .

(٣) ويلاحظ أن الأمر لا يتغير لو أن النزاع كان بين المورث نفسه والحائز . ولكن إقرار المورث بملكية الحائز للشيء الموهوب يقوم دليلاً على اسبة ما دام الغير لم يظن في الهبة بالصورية (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٦٥) .

(٤) ولا يجوز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات .

ثم فقد حيازته ، والقبض واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . ولكن من يدعى الهبة حائز للمنقول كما قدمنا ، فالحيازة قرينة على الملكية ، وتقول المادة ٦٩٤ مدني في هذا الصدد : « من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس » . فيفرض إذن أن الحائز مالك للمنقول ، حتى يقيم الوارث الدليل على أنه غير مالك . ويستطيع الوارث أن يثبت عدم ملكية الحائز ، للمنقول من وجوه شتى . فقد تكون الحيازة التي يعتمد عليها الحائز معيبة بعيب من عيوب الحيازة ، ومن أهم هذه العيوب الغموض والخفاء ؛ وهذه العيوب وقائع مادية يستطيع الوارث أن يثبتها بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن . ومن القرائن على غموض الحيازة أن يكون الحائز خليطاً للمورث مساكناً إياه عند موته ، فإذا وجد المنقول في حيازته شاب الحيازة غموض (équivoque) إذ المنقول لم يخرج من منزل المورث وقد يكون الحائز استولى عليه خلسة أو بغير إرادة صاحبه^(١) . ومن القرائن على خفاء الحيازة أن يخفى الحائز السندات التي يدعى أنها وهبت له ، فلا يقبض «كوبوناتها» إلا بعد مدة طويلة من موت صاحبها ، فيؤخذ ذلك منه قرينة على أن يتستر في حيازته للسندات حتى لا يفتضح أمره عقب موت المورث ، ويربص بها فرصة سائحة . وقد لا يطعن الوارث في الحيازة ذاتها ، ولكن يطعن في عقد الهبة ، فيدعى أنه صدر في مرض الموت ، أو أنه صدر نتيجة لاستغلال الموهوب له للواهب أو أنه تسلط على إرادته واستهواه ونحو ذلك من وجوه الطعن . وكل هذه وقائع مادية ، على الوارث إثباتها ، وله أن يثبتها بجميع الطرق . وقد يعتمد الوارث إلى الطعن في الحيازة بطريق مباشر ، فيدعى أن الحائز

(١) وقد قضت محكمة المنشية بأن الهبة في المنقول وإن كانت تم بالقبض ، إلا أنه يشترط أن يكون القبض غير مشكوك فيه . وإقامة الزوجة مع زوجها في مسكن واحد تجعل وضع يدها على المنقولات الموجودة بالسكن وضع يد مشكوك فيه (٣١ مارس سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ١٨٠ ص ٣٤٣) .

قد اختلس المنقول ، وهذه أيضاً واقعة مادية يثبتها بجميع الطرق^(١) .
وفي الفرض الثانى ، حيث يدعى شخص أنه وهب آخر منقولاً وسلمه
إياه ويريد الرجوع فى الهبة ، فينكر الحائز أنه تلقى المنقول هبة : يكون
على الشخص الذى يدعى أنه وهب المنقول أن يثبت هذه الهبة فى مواجهة
الحائز ، أما الحائز فلا يكلف إثباتاً لأن الحيازة قريبة على الملكية . ويثبت
من يدعى الهبة العقد وفقاً للقواعد المقررة فى الإثبات ، فإذا زادت قيمة
المنقول على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها .

ثانياً - جزاء الإخلال بشكل الهبة

٤٠ - مآلاتنا : إذا اختل شكل الهبة ، ولم يستوف الشروط
التي بسطناها فيما تقدم ، كانت الهبة باطلة لا أثر لها (م ٤٨٨ / ١ مدنى) .
ولكن قد ينفذ الواهب أو ورثته مختارين هذه الهبة الباطلة ويسلمون
الموهوب للموهوب له ، فعند ذلك لا يجوز لهم أن يسردوا ما سلموه
(م ٤٨٩ مدنى) . فهناك إذن مسألتان : (١) بطلان الهبة لاختلال
الشكل (٢) التنفيذ الاختيارى للهيئة الباطلة بسبب عيب فى الشكل .

(١) وقد يستجوب ورثة الواهب مخالط الواهب أمام القضاء ، فيقر هذا بأن المنقول
فى يده ولكن المورث قد وهب إياه وسلمه له فلكه بالهبة . فهذا إقرار لا يتجزأ ، ولا يجوز
لورثة أن يستبقوا منه أن المنقول فى يد الحائز ، ثم يطالبوه بإثبات أن الهبة قد صدرت له من
المورث . ولكن يجوز للورثة أن يثبتوا أن حيازة المنقول انتقلت إلى الحائز بسبب آخر غير
عقد الهبة . وقد يكون هذا السبب واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، كأن يدعى الورثة
أن الحائز اختلس المنقول من المورث . وقد يكون السبب عقداً يجب إثباته طبقاً لقواعد الإثبات
بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المنقول على عشرة جنيهات ، كأن يدعى الورثة أن
المورث لم يهب المنقول الحائز وإنما أودعه عنده ، فعليه أن يثبتوا عقد الوديعة بالطريق الذى كان
يستطيع مورثهم إثباتها به (انظر فى ذلك أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٣٧ - ص
٥٤٢ - بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٢٠٧ - فقرة ١٢١٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ
don manuel فقرة ١١٥ - فقرة ١٤٩) .

(١) بطلان الهبة لاختلال الشكل

٤١ - **اختلال شكل الهبة** : يختل شكل الهبة في العقار إذا لم توثق الهبة في ورقة رسمية على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، أو إذا وثقت ولكن الورقة الرسمية كانت باطلة لسبب من أسباب بطلان الأوراق الرسمية . ويختل شكل الهبة في المنقول إذا لم توثق الهبة في ورقة رسمية صحيحة ، ولم يتم الموهوب له في الوقت ذاته بقبض المنقول حتى تصبح الهبة هبة يدوية^(١).

٤٢ - **جزاء اختلال الشكل هو البطلان المطلق** : فإذا اختل شكل الهبة في العقار أو في المنقول على النحو الذى أسلفناه ، فإن الهبة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً ، ولا تنتج أثراً . فيبقى المال الموهوب ملكاً للواهب يستطيع أن يتصرف فيه كما يريد ، ولا ينتقل الملك إلى الموهوب له فلا يستطيع هذا أن يطالب بتسليمه المال ولا يستطيع أن يتصرف فيه^(٢).

ويجوز للواهب أن يرفع دعوى البطلان^(٣) ، وأن يتمسك بالبطلان دفْعاً في دعوى يرفعها عليه الواهب . كما يجوز لأى ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، فيتمسك به ورثة الواهب ، والخلف الخاص كمشتري من الواهب . وإذا كان الواهب قد سلم الشيء الموهوب للموهوب له ، وانقضت دعوى البطلان بالتقادم^(٤) ، جاز للواهب أن يرفع دعوى استحقاق يسترد بها

(١) استئناف مخطوط ٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٢٢ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨

م ٤٠ ص ٣٠٤

(٢) ولكن يجوز أن تتضمن الهبة الباطلة تصرفات أخرى لا يشترط فيها شكل معين ، كما لو تضمنت إنشاء لوصية سابقة ، فيبقى إلغاء الوصية قائماً بالرغم من بطلان الهبة . كذلك قد تحول الهبة الباطلة إلى وصية صحيحة طبقاً للقواعد المقررة في تحول التصرفات (أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٢٥٦) .

(٣) استئناف وصلى أول يوفيه سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٩٤ ص ٢٧٣ - استئناف مخطوط ٩ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٦ .

(٤) إذ هي تقادم بخمس عشرة سنة من وقت عقد الهبة (م ٢/١٤١ مدنى) : انظر =

العقار^(١) ، ولا يستطيع الموهوب له أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم ، فإن الدفع لا تتقادم كما قدمنا عند الكلام في البطلان في نظرية العقد .

٤٣ - البطلان في الوصل وثيقة الإجازة : ولما كان بطلان الهبة لعب في الشكل هو بطلان مطلق كما قدمنا ، فإن الهبة الباطلة على هذا النحو لا تصححها الإجازة^(٢) . وكل ما يستطيع المتعاقدان عمله هو أن يعيدا إبرام العقد من جديد^(٣) ، فيستوفيا الشكل المطلوب . وعند ذلك تتم الهبة . ولكنها هبة جديدة غير الهبة الأولى الباطلة ، تاريخها من وقت استيفاء الشكل لا من وقت الهبة القديمة ، ويشترط توافر الأهلية في المتعاقدين عند عمل الهبة الجديدة ولا يكفي توافرها وقت إبرام الهبة القديمة .

فإذا كان الموهوب منقولاً ولم توثق الهبة في ورقة رسمية أو وثقت في

= استئناف مخطوط ٢٧ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٣٠ . وقارن نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٨ ص ٢٧١ .

(١) ولا يملك الموهوب له في الهبة الباطلة العقار الموهوب بالتقادم الحسي ولو كان حسن النية ، لأن الهبة الباطلة لا تصلح سبباً صحيحاً ، وإنما يملكه بالتقادم الطويل .

(٢) لا من الواهب ولا من ورثته ، ما لم ينفذ الواهب أو ورثته الهبة اختياراً فتصح الهبة كما سنرى . وفي التقنين المدني الفرنسي تقضي المادة ١٣٤٠ بأن ورثة الواهب يجوز لهم تصحيح الهبة الباطلة بالإجازة الصريحة أو الضمنية ، وبعد التنفيذ الاختياري للهبة إجازة . وهذا النص يقلب البطلان المطلق للهبة إلى بطلان نسبي بعد موت الواهب ، فتصح إجازة الورثة . وانقلاب البطلان المطلق إلى بطلان نسبي يستوقف النظر ، وقد ذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى أن البطلان يبقى مطلقاً بعد موت الواهب ، وإنما يتخلف عنه في ذمة الورثة التزام طبيعي يجوز تنفيذه اختياراً ، ويجوز جملة سبباً لالتزام مدني . ويعارض هذا الرأي أن الالتزام الطبيعي لا يمكن أن ينشأ في ذمة الورثة ابتداء ، مادام لم ينشأ قبل ذلك في ذمة المورث . ولذلك يعيل الفقه في فرنسا إلى اعتبار الأوضاع الرسمية للهبة إنما فرضت لمصلحة ورثة الواهب على الأخص ، فإذا نزلت الورثة عن هذه الحماية فهذا حقها (بلانويول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٣٥٢ - جوسران ٣ فقرة ١٣١١) .

(٣) استئناف وطني أول يونيو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢/٢٩٤ ص ٢٧٣ .

ورقة رسمية باطلة ، ولكن الواهب اعتقد أن الهبة صحيحة وأنها تلزمه بتسليم المنقول إلى الموهوب له ، فقبضه هذا منه ، لم يكن في تنفيذ الهبة على هذا النحو إجازة للهيئة الباطلة ، فإن هذه الهبة لا تلحقها الإجازة كما قدمنا . ويستطيع الواهب في هذه الحالة أن يسترد المنقول الذى وهبه ، ولا يجوز للموهوب له أن يدفع بعدم جواز الاسترداد بدعوى أن الواهب قد نفذ الهبة استناداً إلى المادة ٤٨٩ مدنى التى سيأتى بيانها فيما يلى ، فإن الواهب هنا لم ينفذ الهبة مختاراً وهو عالم ببطلانها ، وشرط عدم الاسترداد تطبيقاً للمادة ٤٨٩ مدنى أن يكون الواهب يعلم ببطلان الهبة وينفذها باختياره كما سيأتى . ولا يمكن القول من جهة أخرى إن الهبة - وهى هنا هبة فى المنقول - بعد أن نفذت تصح بالقبض على اعتبار أنها هبة يدوية ، فإن الواهب لم يسلم المنقول للموهوب له كإجراء متمم للهيئة مكمل لركن التراضى كما هو الأمر فى الهبة البدوية ، بل سلمه بعد أن اعتقد أن الهبة قد تمت وأنه ملزم بالتسليم ، ويجب التمييز بين تسليم وقع تنفيذاً لهبة قد تمت وتسليم وقع إتماماً لهبة لم تتم ، فالسليم الثانى لا الأول هو التسليم المعتبر فى الهبة اليدوية . ولكن هذا لا يمنع الواهب فى الحالة التى نحن فى صددنا من أن يعيد إبرام الهبة الباطلة ، ويعيدها لا فحسب عن طريق توثيقها فى ورقة رسمية صحيحة ، بل أيضاً عن طريق جعلها هبة يدوية ، فيسلم المنقول إلى الموهوب له لا تنفيذاً لالتزام عليه لأن الهبة لم تتم قبل التسليم كما قدمنا ، بل إتماماً للهيئة فيعتب التراضى بالقبض شأن سائر الهبات اليدوية .

وسرى الآن أن الهبة الباطلة لعب فى الشكل قد تلحقها الإجازة على سبيل الاستثناء ، وذلك من طريق واحد هو أن ينفذها باختياره الواهب أو ورثته .

(ب) التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة لعيب في الشكل

٤٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٨٩ من التقنين المدني على ما يأتي :
« إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه »^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه كان مطبقاً دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٥٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٧٨ - ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(٢) .

٤٥ - هل يخلف عن الهبة الباطلة لعيب في الشكل التزام طبيعي ؟
يتضح من الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد أن الفكرة :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٦٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، انقلبت الهبة صحيحة » . وعدل النص في لجنة المراجعة بما يجعل النص في رأى اللجنة مستقيماً مع القواعد العامة على أساس أن تنفيذ الهبة الباطلة يعتبر تنفيذاً لالتزام طبيعي ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استفسر كيف لا يجوز استرداد الهبة التى سلمت إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لعيب في الشكل ، فأجيب بأن الهبة الباطلة بطلاناً مطلقاً لعيب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي يعتبر تسلم الموهوب للهبة تنفيذاً له ، وأنه لهذا السبب لا يجوز الاسترداد وفقاً لقواعد الالتزامات الطبيعية . ووافقت اللجنة على المادة كما هي ، ثم وافق عليها مجلس النواب ووافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٩ (مجموعة لأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥١ - ص ٢٥٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٥٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٧٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل ، فلا يسرى النص .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل ، فلا يسرى النص .

السائدة عند وضع مشروع هذا التقنين كانت أن الهبة الباطلة لعيب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي في ذمة الواهب ، وينتقل هذا الالتزام منه إلى ورثته ، فإذا نفذ الواهب أو ورثته مختارين هذا الالتزام الطبيعي كان التنفيذ وفاء لا يجوز استرداده . ويظهر ذلك في وضوح عندما نرى أن نص المشروع التمهيدى للمادة ٤٨٩ كان على الوجه الآتى : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل انقلبت الهبة صحيحة » . فعدل هذا النص في لجنة المراجعة على الوجه الآتى : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . وهذا هو الوجه الذى استقر عليه في التقنين المبدئي الجديد . وقيل سببا لهذا التعديل إن النص قد عدل بما يجعله مستقيما مع القواعد العامة ، إذ أن تنفيذ الهبة الباطلة يعتبر تنفيذا لالتزام طبيعي . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب « استفسر كيف لا يجرز استرداد الهبة التى سلمت إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لعيب في الشكل ، فأجيب بأن الهبة الباطلة بطلانا مطلقا لعيب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي يعتبر تسليم الموهوب له للهبة تنفيذا له ، وأنه لهذا السبب لا يجوز الاسترداد وفقا لقواعد الالتزامات الطبيعية »^(١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : « على أنه إذا لم تستوف الهبة الشكل اللازم ، ولكن الواهب أو ورثته قاموا بمختارين بتنفيذها ، كان هذا التنفيذ معتبرا ، ولا يجوز استرداد ما دفع وفاء للهبة ، لأن الهبة الباطلة انقلبت صحيحة بالتنفيذ كما جاء خطأ في المادة ٦٦٣ من المشروع . بل لأن الهبة الباطلة يتخلف عنها التزام طبيعي إذا نفذ لا يجوز استرداده . ويجب إذن حذف المادة ٦٦٣ من المشروع ، فإن

(١) انظر في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٥١ - ص ٢٥٢ - وانظر آنفاً

فقرة ٤٤ في الهامش .

ورودها في الصيغة التي وردت بها خطأ كما تبين ، ولا حاجة لإيرادها في صيغة صحيحة فإن حكمها يمكن استخلاصه من القواعد العامة ، وهو أقرب إلى الفقه منه إلى التشريع « (١) .

٤٦ — التنفيذ الاختياري للدرجة الباطلة لعب في الشكل إجازة للدرجة

وليس تنفيذاً للالتزام الطبيعي : وقد كنا ممن يذهب إلى أن الهبة الباطلة لعب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي إذا نفذ لا يسترد ، ورددنا هذا الرأي في الموجز (٢) ، كما رددناه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وأمام لجنة المراجعة على الوجه الذى بيناه فيما تقدم منقولاً عن مجموعة الأعمال التحضيرية (٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٤ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٩ - ومحكمة الإسكندرية الوطنية ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحامة ١١ رقم ٣٢٤) .

(٢) ص ٦٧؛ هامش رقم ٢ - وانظر أيضاً في هذا المعنى والتون ١ ص ٢٧ .

(٣) وقد قضت محكمة مصر الوطنية، بأن إهبات الباطلة شكلاً ينشأ عنها التزام طبيعي إذا أوفاه الملتزم لا يستطيع استرداده ، ويتقلب التزاماً مدنياً إذا حصل تجديده قانوناً . ومن ثم ترفض دعوى ورثة الواهب ببطان حبة مورثهم لصدورها منه في محرر عرقى ، بعد أن ثبت للمحكمة إجازة المدعين هذه الهبة ضمناً بقسمة الأعيان الموروثة فيما بينهم وباستحجار أحدهم نصيب أحد الموهوب لهم وإقرار آخر لبعض الموهوب لهم في خطاب من بملكته للمال الموهوب (٦ مارس سنة ١٩٣٩ المحامة ٢١ رقم ٣٣٤) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوضعية بأن هذا الالتزام الطبيعى يوجد في القانون المصرى في ذمة الواهب نفسه فضلاً عن انتقاله إلى ذمة ورثته بعد وفاته ، على خلاف التقنين الفرنسى لوجود المادة ١٣٣٩ منه التى تقضى بأن عيب الشكل لا تصححه إجازة الواهب . ومن ثم يصح تعهد الزوج بتنفيذ وعده لزوجته وقت الزواج بأن يعطيها أربعمائة جنيه ، ونفاذه في تركته بعد موته ، على تقدير أن وعد الزوج هذا وإن كان باطلاً شكلاً لعدم ثبوته في ورقة رسمية إلا أنه تغلف عنه التزام طبيعى حصل تجديده بصدور تعهد منه بتنفيذه (١٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحامة ١١ رقم ٣٢٤ ص ٦٥٣) . وانظر أيضاً في معنى الالتزام الطبيعى ما قضت به محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية من أنه إذا فرض أن الإقرار بالدين هبة وأنها باطلة شكلاً لعدم عملها بمقد رسمى، وبفرض أن التنازل عنه للمير باطل أيضاً =

ولكننا رجعنا عن هذا الرأى فى الجزئين الأول والثانى من الوسيط عند الكلام فى البطلان للشكل وفى الالتزام الطبيعى ، وأخذنا بالرأى الذى كان وارداً فى نص المشروع التمهيدي قبل تعديله فى لجنة المراجعة . فقد كان هذا النص يقضى كما رأينا بأنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل . انقلبت الهبة صحيحة » . فالهبة الباطلة من حيث الشكل ترد عليها الإجازة . ما دام القانون قد نص على ذلك ، ونص فى الوقت ذاته على الطريقة التى بها تجاز وهى التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة . ومن ثم لا تلحق الإجازة الهبة الباطلة إلا بهذه الطريقة دون غيرها ، فلا تجاز بالقول أو بالتصرف أو بغير ذلك من طرق التعبير عن الإرادة الصريحة أو الضمنية ، وإنما تجاز بالتنفيذ الاختيارى . ومعنى التنفيذ الاختيارى أن يكون الواهب عالماً بأن الهبة باطلة لعيب فى الشكل ، ومع ذلك يقدم على تنفيذها راضياً مختاراً وهو على بينة من أمره . فيسلم المال للموهوب للموهوب له قاصداً بذلك إجازة الهبة . فعند ذلك تنقلب الهبة الباطلة إلى هبة صحيحة بهذه الإجازة الخاصة ، ومتى انقلبت صحيحة فقد نقلت ملكية المال للموهوب — عقاراً كان أو منقولاً — للموهوب له ، فلا يستطيع الواهب أن يسترده .

وهذا هو التكييف الذى نؤثره ، ونستند فيه إلى سببين رئيسيين :

(السبب الأول) هو ما أوردناه فى الجزء الأول من الوسيط فى خصوص البطلان الذى يرجع إلى اعتبارات شكلية . فقد ذكرنا أن الشكل هو من صنع القانون ، والقانون هو الذى يعين الجزاء على الإخلال به ،

— لهذا السبب ، فإن الهبة الباطلة ليست مجردة من جميع الآثار القانونية ، إذ ينشأ عنها التزام أدبى يتقلب إلى التزام مدنى إذا حصل استبداله قانوناً (١٩ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤١٩ ص ٩١٩) . انظر عكس ذلك وفى أن الهبة الباطلة للشكل باطلة بطلاناً مطلقاً وتمتنع إجازتها بمحكمة مصر الكلية ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٠٧ .

فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلاً^(١) .

(والسبب الثاني) هو ما أوردناه في الجزء الثاني من الوسيط من أنه لو صح أن يتخلف عن الهبة الباطلة للشكل التزام طبيعي ، لصلح هذا الالتزام ، ليس فحسب للوفاء به فلا يسترد بعد الوفاء ، بل أيضاً ليكون سبباً لالتزام مدني (م ٢٠٢ مدني) . فيستطيع الواهب أن يتهرب من الشكل على الوجه الآتي : يهب المال في ورقة عرفية ، فيتخلف عن هذه الهبة الباطلة للشكل التزام طبيعي ، يتخذه سبباً لالتزام مدني نحو الموهوب له ينشئه أيضاً بورقة عرفية . وبذلك يتمكن الواهب عن طريق ملتو أن يهب ماله هبة مباشرة مكشوفة دون مراعاة الشكل الواجب قانوناً^(٢) .

(١) وننقل هنا ما سبق أن قلناه في هذا الصدد : « فالبطالان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية ، ففي الحالة الأولى يكون العقد الشكلي الذي لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلاً ولكن بالتدريج الذي يتطلبه القانون من الشكل . وقد أسلفنا أن الشكل إنما هو من صنع القانون ، والقانون هو الذي يبين له أجزاء الذي في معاملة الإحلال به . فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلاً لا تلحقه الإجازة . وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلاً (م ٤٨٩ جديد) وكما في الشركة التي لم تستوف الشكل المطلوب (م ٥٠٧ جديد) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتج به في فرض دون فرض كما في شركات التضامن والتوصية . فالشكل كما قدمنا من خلق القانون ، صممه على عينه ، ويقده على القالب الذي يختاره » (الوسيط جزء أول فقرة ٣٠١ ص ٤٩٢ . وانظر أيضاً ص ٢٥٥ في الهوامش) .

(٢) وننقل هنا ما سبق أن قلناه في هذا الصدد : « ويذكر عادة ، كمثل آخر للنوع الأول (التزام بدأ مدنياً فمات منه البداية مانع قانوني من ترتيب أثره فانقلب طبعياً) ، عقد الهبة الباطل لعدم استيفاء الشكل ، فقد نصت المادة ٨٩ : من التقنين المدني على أنه إذا قام الواهب أو ورثته بختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن هذا النص إنما هو تطبيق لالتزام طبيعي تخلف عن الهبة الباطلة . ولو صح هذا لصلح هذا الالتزام الطبيعي الذي تخلف عن الهبة الباطلة سبباً لالتزام مدني ، ولأمكن التحايل على الشكل في الهبة عن طريق كتابتها في ورقة عرفية ثم اتخاذها

وبخلص مما قدمناه أنه إذا نفذ الواهب أو ورثته مختارين هبة باطلة في الشكل ، سواء كان المال الموهوب عقاراً أو منقولاً ، فإنه لا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه ، لا لأن التنفيذ وفاء للترام طبعي ، بل لأنه إجازة بطريقة خاصة - نص عليها القانون - هبة باطلة في الشكل . وهذه الإجازة صححت الهبة ، فانتقلت الملكية للموهوب له ، فلم يعد الواهب يستطيع أن يستردها . ويجب أن تغفل في هذا الصدد ما جاء في المذكرة الإيضاحية وما ورد في الأعمال التحضيرية مما سبق أن ذكرناه تفصيلاً^(١) .

= سبباً لالتزام مدني صحيح في ورقة عرفية أخرى، وهذا ما لا يجوز التسليم به . والصحيح في رأينا أن التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة في الشكل ، سواء من جهة الواهب أو من جهة ورثته ، إنما هو إجازة لعقد الهبة ، إذ البطلان المترتب على عيب في الشكل قد تلحقه الإجازة إذا نص القانون على ذلك (الوسيط ٢ فقرة ٣٩٥ - وانظر أيضاً من هذا الرأي الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام الجزء الأول في آثار الالتزام فقرة ١٤٠ ص ٢٨٧ هامش رقم ٢ - وقارن الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٤٤ - الأستاذ أكرم الخولي فقرة ٧٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٦٣) .

وفي التقنين المدني الفرنسي تقصر المادة ١٣٤٠ إمكان التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة في الشكل - وإجازة هذه الهبة بوجه عام - على ورثة الواهب دون الواهب نفسه . ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بتخلف التزام طبعي من الهبة الباطلة في الشكل في جانب ورثة الواهب (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٠ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٨ - قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧١ - فقرة ١٦٧٢ ، ومن رأيهما أن الهبة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لانعدام الشكل ، حتى إذا مات الواهب كانت هذه الهبة ذاتها قابلة للإبطال بالنسبة إلى الورثة ! ويصعب التسليم بأن البطلان المطلق ينقلب إلى بطلان نسبي بموت الواهب : الوسيط جزء ٢ ص ٧٣٧ هامش رقم ٢) .

(١) انظر رأياً آخر يذهب إلى أن التقنين الجديد قد خلق إلى جانب الرسمية شكلاً جديداً ذا صيغة عامة يمكن أن تتم فيه الهبة هو التنفيذ الاختياري الأستاذ أكرم الخولي فقرة ٧٩ . ويؤخذ على هذا الرأي أنه يخلط بين التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة والقبض في هبة المنقول : انظر فقرة ٨٢ .

ولا يؤدي هذا الرأي إلى النتائج التي تؤدي إليها فكرة إجازة الهبة عن طريق التنفيذ الاختياري .
وصاحب هذا الرأي نفسه يبرز فرقين : أحدهما أن الهبة تعتبر منعقدة من وقت التنفيذ الاختياري =

٤٧ - هبة المنقول الباطلة لعيب في الشكل : فتنفيذ الهبة الباطلة لعيب

في الشكل هو إذن إجازة خاصة لهذه الهبة وتصحيح لها . فإذا وقعت هذه الهبة الباطلة على منقول ، كان أمام الواهب لتصحيح هذه الهبة طريقتان : (الطريق الأول) أن يغفل الشكل الباطل ، ويحل محله القبض ، فتصبح هبة المنقول هبة يدوية . ويكون القبض في هذه الحالة ليس تنفيذاً لعقد الهبة الباطل ، بل هو إتمام هبة يدوية في المنقول . (والطريق الثاني) أن ينفذ الهبة الباطلة تنفيذاً اختيارياً ، وذلك عن طريق القبض أيضاً . ولكن القبض هنا ليس إتماماً لهبة يدوية في المنقول ، بل هو تنفيذ لهبة باطلة .

فالواهب في كل من الطريقتين المتقدمي الذكر يسلم المنقول إلى الموهوب له ، فتتم الهبة في الطريق الأول ، وتصح في الطريق الثاني . على أن هناك فرقاً هاماً ما بين الطريقتين يظهر فيما يأتي : لو قصد الواهب الطريق الأول ، وأراد أن يتم الهبة بالقبض ، فالهبة لا تتم إلا من وقت القبض . أما لو قصد الطريق الثاني ، وأراد أن يصحح الهبة بالقبض عن طريق التنفيذ الاختياري ، فالهبة تنتقل صحيحة من وقت صدورها لأن للإجازة أثراً رجعياً ينسحب إلى وقت وجود العقد .

§ ٢ - الاستثناءات من وجوب الشكلية أو العينية في الهبة

٤٨ - الهبة غير المباشرة والهبة المستمرة : قدمنا أن الواهب يتصرف

في ماله دون مقابل ، إما بنقل حق عيني للموهوب له ، أو بإنشاء التزام

= ولو أخذنا بفكرة الإجازة لاعتبرت الهبة منعقدة من وقت صدورها، والفرق الثاني أنه إذا كان الذي قام بالتنفيذ الاختياري هم الورثة فإن الهبة تكون قد انعقدت بينهم وبين الموهوب له فتنقل الملكية. منهم لا من المورث ، ولو أخذنا بفكرة الإجازة لاعتبرت الهبة منعقدة بين المورث والموهوب له فتنقل الملكية من المورث لا من الورثة . ولعل هذا الفرق الثاني هو الذي يظهر ما في الرأي من غرابة .

شخصى فى ذمته للموهوب له ، وهذه هى الهبة المباشرة^(١) . وهى وحدها التى يجب إفراغها فى الشكل الواجب قانوناً للهيئة ، أما الهبة غير المباشرة فلا يلزم أن تستوفى هذا الشكل . بل إن الهبة المباشرة ذاتها لا يلزم أن تستوفى الشكل إذا هى لم تكن مكشوفة ، بل تحت ستار عقد آخر (م ٤٨٨ / ١ مدنى) .

ويخلص من ذلك أن الهبة التى يجب أن تستوفى الشكلية (أو العينية فى المنقول) هى الهبة المباشرة المكشوفة . فتخرج إذن : (١) الهبة غير المباشرة (donation indirecte) (٢) والهبة المستترة (donation déguisée) . ونستعرض كلا من هذين الاستثنائين .

أولاً - الهبة غير المباشرة

٤٩ - **تعبير معنى الهبة غير المباشرة :** حددنا فيما قدمناه الهبة المباشرة بأنها تصرف الواهب فى ماله للموهوب له على سبيل التبرع . فالذى يميز الهبة المباشرة أنها تصرف مباشر فى المال ، إما بنقل حق عيني أو بإنشاء التزام شخصى كما سبق القول . فإذا أعطى شخص لآخر داراً أو سيارة دون مقابل على سبيل التبرع ، يكون قد نقل له حقاً عينياً هو حق الملكية على الدار أو على السيارة ، فتكون الهبة هبة مباشرة . وإذا التزم شخص لآخر بمبلغ من النقود على سبيل التبرع ، فإنه يكون قد التزم له بحق شخصى هو إعطاء شيء (obligation de donner) ، وتكون الهبة هنا أيضاً هبة مباشرة .

ومن تحديد الهبة المباشرة على هذا النحو نستخلص تحديد الهبة غير المباشرة . فحيث يكسب الموهوب له حقاً عينياً أو حقاً شخصياً دون مقابل

(١) انظر تنقاً فقرة ٣ .

على سبيل التبرع عن طريق الواهب ، ولكن دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة من الواهب ، فتلك هي الهبة غير المباشرة^(١) .

٥٠ - **أمثلة على الرتبة غير المباشرة :** ويمكن بعد ذلك أن نورد أمثلة

على الهبة غير المباشرة : فالنزول عن حق عيني يعتبر هبة غير مباشرة . مثل ذلك أن ينزل صاحب حق الانتفاع أو حق السكنى أو حق الاستعمال عن حقه فيؤول للمالك الرقبة ، أو ينزل صاحب حق الارتفاق أو صاحب حق الحكر عن هذا الحق فيؤول للمالك . ففي هذه الأحوال كسب الموهوب له (وهو المالك) حقاً عينياً عن طريق الواهب ، ولكنه كسب هذا الحق لا عن طريق انتقاله إليه من الواهب ، بل عن طريق نزول الواهب عنه وتركه إياه^(٢) .

والنزول عن حق شخصي - أي الإبراء - يعتبر هبة غير مباشرة . فإذا أبرأ الدائن ذمة مدينه من الدين ، كان هذا هبة غير مباشرة ، لأن الموهوب له (المدين) كسب الدين ، لا عن طريق انتقاله إليه من الواهب ، بل عن طريق نزول الواهب عنه ، كما هي الحال في النزول عن حق عيني^(٣) .

(١) قارن أوبري ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ هامش رقم ٨ - أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٥٢٥ - وانظر في معيار الهبة غير المباشرة وردها إلى فكرة التصرف غير المتصف أو المحايد (acte neutre) إلى الأستاذ أكرم الخولي فقرة ٩٦ وما بعدها . وقد أدخل بموجب هذا المعيار في الهبات غير المباشرة التصرفات المجردة والإقرار بالدين والتمهد بالوفاء وحوالة الحق وحوالة الدين ، وفي رأينا أن بعض هذه التصرفات هبات مستترة وبعضها يصح أن يكون هبات مباشرة مكشوفة .

(٢) ولكن هبة حق الانتفاع لغير مالك الرقبة تكون هبة مباشرة تستلزم الرسمية ، لأن التصرف هنا ينتقل حق الانتفاع من صاحبه إلى الموهوب له (انظر الأستاذ أكرم الخولي ص ١٤٣ - ص ١٤٤ - وانظر عكس ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١٢٤ ولكن انظر مع ذلك ص ١٢٥) .

(٣) قارن المادة ٦٠٧ من التقنين المدني العراقي ، وتنص على ما يأتي : « ١ » إذا وهب =

والاشتراط لمصلحة الغير على سبيل التبرع يعتبر هبة غير مباشرة . فإذا باع شخص داراً من آخر ، واشترط عليه أن يدفع الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة لوالد البائع دون أن يأخذ البائع مقابلاً من والده عن هذا الإيراد ، كان هذا الاشتراط هبة غير مباشرة من البائع لوالده . ذلك أن والد البائع قد كسب عن طريق البائع التزاماً بدفع الإيراد ، ولكن البائع لم يلتزم بهذا الإيراد مباشرة لوالده ، بل الذي التزم به شخص آخر هو المشتري ، ولذلك كانت الهبة غير مباشرة . وإذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ، فاستحق أولاده مبلغ التأمين ، كان هذا التأمين أيضاً هبة غير مباشرة من المؤمن لأولاده ، لأن التأمين هنا ليس إلا اشتراطاً لمصلحة الغير^(١) .

ويمكن القول أيضاً بأن قبول المحال عليه لحالة الدين دون مقابل يعتبر هبة غير مباشرة من المحال عليه للمحيل ، لأن المحيل كسب براءته من الدين ، مع التزام المحال عليه لشخص آخر هو المحال ، دون أن يلتزم للمحيل وإلا كانت الهبة مباشرة . وكذلك الحال فيما إذا التزم شخص دون مقابل أن يوفى دين غيره ، فهذه هبة غير مباشرة من الملتزم ، لأن هذا قد التزم لا للمدين بل للدائن ، ولو التزم للمدين كانت الهبة مباشرة^(٢) .

= الدائن الدين للمدين أو أبرأ ذمته منه ولم يردده المدين تم الهبة ويسقط الدين في الحال .

٢ . وإذا وهب الدائن الدين لغير المدين ، فلا تم الهبة إلا إذا قبضه بإذن الواهب .

أما الصلح مع المدين المفلس بالنزول عن جزء من الدين فليس بهبة أصلاً - لا مباشرة ولا غير مباشرة - لأن النزول هنا ليس بنية التبرع كما سبق القول (انظر آنفاً فقرة ٤٣٨ في الهامش) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ٦٦٢ من المشروع ، يحرى على الوجه الآتى : « إذا تمت الهبة في صورة اشتراط لمصلحة الغير ، فلا يشترط فيها شكل خاص إلا الشكل الذى قد يتطلبه العقد ما بين المشترط والمتعهد » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن حكمه وارد في الاشتراط لمصلحة الغير (انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ في الهامش) .

(٢) وكذلك تعتبر هبة غير مباشرة أن يجعل شخص شخصاً آخر يبيع عيناً لشخص ثالث ويلتزم الأول يدفع الثمن ، إذ الموهوب له هنا قد انتقلت إليه ملكية العين لا من الواهب الذى =

٥١ - تصرفات لا تعتبر هبات غير مباشرة : وهناك تصرفات تختلف

= التزم بدفع الثمن، بل من صاحب العين الذي باعها . ويعتبر الموهوب هو العين المبيعة لا الثمن (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٢٦) . وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن شراء شخص لآخر عيناً والتزامه بدفع الثمن عنه يعتبر هبة مستترة لاهبة غير مباشرة (نقض فرنسي ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ سيري ١٩٢٧ - ١ - ٤٢ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٤١ سيري ١٩٤١ - ١ - ١٤٨ - ٣٠ مايو سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥١ - ٦١٧) . وينتقد الفقه الفرنسي أن تكون الهبة هنا هبة مستترة ، ويذهب إلى أنها هبة غير مباشرة على النحو الذي قدمناه (أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٤٨٨ - فقرة ٤٨٩ وفقرة ٥٥٠) . وقد ذهبت محكمة استئناف مصر إلى أن الهبة تقع على الثمن (. ونعتبر مقبوضة بدفع الثمن للبائع (١٤ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٢ ص ٢٩٤٣) . وانظر أيضاً استئناف مخطط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٦٥ . وانظر في هذا المعنى أيضاً بلانيول وريبير وبولانجي ٣ فقرة ٣٣٤٢ ، ويرون أن الهبة وقعت غير مباشرة بالتزام الواهب بدفع الثمن للبائع ، ولكن الأقرب إلى قصد المتعاقدين هو أن يكون المبيع ذاته لا الثمن هو الشيء الموهوب (انظر أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٢٦ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٢٨ - وانظر أيضاً أحكام محكمة النقض الفرنسية السالف الإشارة إليها) .

ويرتب على ذلك أنه إذا كان هناك مسوغ لفسخ الهبة وفسخها الواجب ، استرد من الموهوب له المبيع لا الثمن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الورقة الصادرة إلى أم من أولادها تتضمن إقرارهم بشراء أمهم من مالها الخاص المنزل محل النزاع الصادر عنه عقد البيع من المالك بأسماء الأولاد في تاريخ لاحق لتلك الورقة ، وأن الأم تنازلت عنه بطريق الهبة إلى أولادها هؤلاء الذين تعهدوا بالألا يتصرفوا فيه إلا بعد وفاتها كما تعهدوا بأن يعطوها نفقة شهرية مقدارها مائتا قرش ، فاعتبرت المحكمة هذا الإقرار ورقة ضد تكشف عما أخفاه عقد البيع الصادر بعدها من أن الأولاد ليسوا هم المشترين في الحقيقة بل المشترى هي الأم ، وأنها قصدت بإخفاء اسمها أن تختصر الطريق والإجراءات فلا تشتري بمقد ثم تهب بآخر ، بل يتم الأمران بعقد واحد ، فهذا الذي حصلت عليه المحكمة يسوغ ما ورد في الإقرار ، والمحكمة إذ كيفت عقد البيع المذكور بأنه هبة من الأم لأولادها حررت في صورة عقد بيع من البائع إلى الموهوب ثم لم يظهر فيه اسم المشترى الواهبة ، وإذا حكمت بإبطال البيع الذي تصرف به الموهوب لهم في الموهوب وبفسخ الهبة لإخلالهم بالتزامهم بعدم التصرف ، لا تكون قد أخطأت بل هي طبقت أحكام التصورية والهبة غير المباشرة تطبيقاً صحيحاً (نقض مدني ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة ٤٠٥ رقم ٣٧٣ ص ٧٠٣) .

وليس من الضروري أن يكون الشراء باسم الغير مقترناً بنية الهبة ، وقد قضت محكمة =

الرأى فيها ، يعدها البعض هبات غير مباشرة ، ويعدها آخرون هبات مسترة . ونذكر من هذه التصرفات الإقرار بالدين وعقود المحاباة .

ففى الإقرار بالدين يقر الواهب بدين عليه للموهوب له ، والحقيقة أنه غير مدين وإنما قصد الالتزام على سبيل التبرع . ولا نرى أن الإقرار بالدين على هذا النحو هبة غير مباشرة ، بل هو هبة مباشرة إذ التزم الواهب مباشرة للموهوب له . ولكن الهبة هنا مسترة تحت اسم تصرف آخر هو الإقرار ، فلا تجب الرسمية لأن الهبة غير مباشرة بل لأنها مسترة .

كذلك عقود المحاباة نرى أنها هبات مسترة ، لا هبات غير مباشرة فإذا باع شخص عينا لآخر بثمن نجس حاباه فيه بقصد التبرع ، فإنه يكون قد وهب له الفرق بين ثمن المثل والثلث المدفوع . وهذه الهبة هى هبة مباشرة لأن البائع نقلها مباشرة من ذمته إلى ذمة المشتري ، ونكها بية يسترها عقد البيع ، فلا تشترط فيها الرسمية لأنها هبة غير مباشرة بل لأنها هبة مسترة (١) .

= التقض بأن دفع الزوج ثمن العقار من ماله كما قد يكون بنية الهبة لزوجته يصح أن يكون مجرداً عن هذه النية ، وكان يكون الفرض منه استعارة اسم الزوجة في الشراء . فإذا استخلصت المحكمة انعدام نية الهبة مما حواه إقرار موقع عليه من زوجين يفيد دفع الزوج ثمن المبيع الذى اشترته زوجته ، وأنه إنما استعار اسمها في العقد بقصد حرمان ورثته إن مات قبلها ، ومن كون وريثة الزوجة لم يحركوا ساكناً إزاء المقدم على الدعوى بعد وفاتها وطوال حياة الزوج زهاء سبع سنوات حتى توفي الزوج ، فهذا استخلاص سائق (نقض ملغى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام التقض ١ رقم ١١٣ ص ٤٤٠) . والظاهر أن المقدم وصية مسترة ، وهى باطلة لأنها لو ارث ، وقد سقطت على كل حال لموت الموصى لها قبل الموصى .

(١) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٢٦ - بلانيرل

وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣٣٤٢ - أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٤٨٢ وفقرة ٥٤٤ .

ولكن يذهب بعض الفقهاء إلى أن عقود المحاباة هبات غير مباشرة ، ولا تشترط فيها =

٥٢ - استثناء الهبات غير المباشرة من الشكلية والعينية : والهبة غير المباشرة بالتحديد الذى قدمناه تستثنى من وجوب الشكلية والعينية ، إذ القانون لم يشترط الشكلية أو العينية إلا فى الهبات المباشرة المكشوفة . ومن ثم تتم الهبة غير المباشرة دون حاجة إلى ورقة رسمية ، ودون حاجة إلى القبض فى المنقول (١) .

وإذا استعرضنا الأمثلة التى قدمناها للهبة غير المباشرة ، وهى النزول عن الحق العيني والإبراء والاشتراط لمصلحة الغير وحوالة الدين ، وجدنا أن القانون نظم هذه التصرفات تنظيمًا خاصاً ، وصرح فى بعض الحالات بعدم ضرورة الشكلية فيها . فيجب إخراجها من منطقة الهبة المباشرة ، ولا يسرى عليها إلا التنظيم الخاص بها .

فقد نظم القانون الاشتراط لمصلحة الغير ، فأجاز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد لا قبل المشرط م (م ١٥٤ مدنى) . وسواء كان الاشتراط لمصلحة الغير بمقابل أو بغير مقابل ، فهذا هو النظام الذى يتبعه ، وليس فيه الشكلية . فإذا كان بغير مقابل ، كان هبة غير مباشرة كما قدمنا ، وقد أعفيت من الشكلية بحكم النظام الخاص الذى يسرى على الاشتراط لمصلحة الغير .

ونظم القانون أيضاً حوالة الدين ، فأجاز أن تتم هذه الحوالة باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين نحو الدائن أو باتفاق بين الدائن

الرسمية لهذا السبب (بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٢٢٢ وفقرة ١٢٣٦ - بونسار ص ١٨٦ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٦٢ - الأستاذ أكرم الحولى فقرة ١٠٥) .

(١) استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٤

جازيت ٤ رقم ٨٨ ص ٢٢٣ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٤ .

والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلي في التزامه (م ٣١٥ و م ٣٢١ مدني) . وهذا النظام يسرى سواء كان المحال عليه اعترم الرجوع عند الوفاء بالدين على المحيل أو تبرع له ، وليس فيه الشككية . فإذا كان المحال عليه قد تبرع للمحيل بوفاء الدين عنه ، كان هذا هبة غير مباشرة كما قدمنا ، وقد أعفيت من الشككية بحكم النظام الخاص الذي يسرى على حوالة الدين .

ونظم القانون الإبراء من الدين ، فقرر أن ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن ماينه مختاراً (م ٣٧١ مدني) . وهذه هبة غير مباشرة كما قدمنا ، نص القانون صراحة فيها على أن الشككية لا تشترط ، إذ تقول المادة ٣٧٢ مدني : ١ - « يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع . ٢ - ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان » . وقل مثل ذلك في سائر الهبات غير المباشرة .

سريان الأنظمة الموضوعية على الهبات غير المباشرة : وإذا
كانت الأحكام المتعلقة بالشكل أو بالعينية لا تسرى في الهبات غير المباشرة ، فإن الأحكام الموضوعية تسرى ، كجواز الرجوع في الهبة والظعن بالدعوى البولصية وأهلية التبرع والتصرف في مرض الموت وغير ذلك من الأحكام .

وتثبت الهبة غير المباشرة وفقاً للقواعد العامة المقررة في الإثبات . فتجب الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما بين المتعاقدين فيما يتجاوز عشرة جنيهات ، كما إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة فطلب منه إثباتها . أما الغير فله أن يثبت الهبة غير المباشرة بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن ، كما إذا أراد دائن الواهب أن يظعن في الهبة غير المباشرة بالدعوى البولصية^(١) .

(١) أنيسكلريدي دالروز ٢ لفظ denation فقرة ٥٥٦ - فقرة ٥٦٥ .

ثانياً - الهبة المستترة

٥٤ - التمييز بين الهبة المستترة والهبة غير المباشرة : يجب التمييز بين الهبة المستترة والهبة غير المباشرة . فالهبة المستترة هبة مباشرة ، إذ فيها ينقل الواهب للموهوب له حقاً عينياً أو يلتزم له بحق شخصي ، وهذا أول فرق بين الهبتين . والفرق الثاني أن الهبة المستترة ظاهرها غير حقيقتها ، فهي في حقيقتها هبة ولكنها تظهر تحت اسم عقد آخر . أما الهبة غير المباشرة فظاهرها كحقيقتها فهي هبة في الحقيقة وفي الظاهر .

والهبة غير المباشرة أعفيت من الشكل بحكم النظام الخاص الذي يسرى عليها كما سبق القول . أما الهبة المستترة فهي هبة مباشرة ، وكان الواجب أن تخضع لشكل الهبة ، ولكن القانون أعفاها من هذا الشكل بنص صريح ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ مدني كما رأينا : « تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » (١) . فالنص يعفى الهبة التي تتم تحت ستار عقد آخر ، أي الهبة المستترة ، من الشكلية ، سواء كانت هبة عقار أو هبة منقول . ومن ثم تتم هبة المنقول

(١) ولا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص مقابل يعفى الهبات المستترة من الشكل ، ولكن القضاء الفرنسي قد استقر على إعفاء هذه الهبات من الشكل تقريباً لها من الهبات غير المباشرة والحماية الغير الذي يتعامل مع الموهوب له ، وقد استند القضاء الفرنسي في ذلك إلى بعض نصوص ليست حاسمة ، ولكن الاعتبار العملية هي التي تغلبت في استقرار القضاء ، ولم يعد الفقه الفرنسي يستطيع المنازعة في ذلك (لأوبري ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ هامش رقم ٢٢ - بودري وكولان ١٠ فقرة ١٢٣٧ - فقرة ١٢٤١ - بلانيول وريبير وترانسبو ٥ فقرة ٤٢٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٥٠ - كولان وكايتان ٣ فقرة ١٦٢١ - بيدان وفواران فقرة ٢٢٦ - داليني Dalligny رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ - جوليفيه Jolivet رسالة من بواتيه سنة ١٩٤٠ - نوثر Nouveau رسالة من نانسي سنة ١٩٤٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٤٦٧ - فقرة ٤٧١ .

دون حاجة إلى ورقة رسمية ودون حاجة إلى القبض ، إذا كانت هبة مستترة .

٥٥ - أمثلة على الهبة المستترة : ومن الأمثلة على الهبات المستترة

الهبة المستترة في صورة عقد بيع ، وهذا هو المثل الغالب في التعامل .
ومن ذلك الهبة المستترة في صورة حوالة الحق . فيحيل صاحب الحق حقه إلى المحال له على سبيل التبرع ، ولكنه يكتب في الحوالة مقابلاً يستر به الهبة .

ومن ذلك الهبة المستترة في تظهير الكميالة والسند تحت الإذن ، ويقرر المظهر أن القيمة وصلته نقداً أو قدمت أو نحو ذلك ، والحقيقة أن التظهير كان على سبيل التبرع^(١) .

ومن ذلك الهبة المستترة في صورة قرض ، فيكتب الواهب سنداً عليه بمبلغ من النقود يقول إنه تسلمها على سبيل القرض ، ويكون في الحقيقة قد التزم بها على سبيل التبرع^(٢) .

ومن ذلك الهبة المستترة في صورة إقرار بالدين ، فيكتب الواهب لإقراراً بدين عليه لآخر ، وهو في الحقيقة غير مدين وإنما قصد الالتزام على سبيل التبرع^(٣) .

ومن ذلك عقود المحاباة ، فهي هبات مستترة في القدر المحابي به ، وقد سترتها عقود المعاوضة^(٤) .

ومن ذلك الهبة المستترة في عقد لإيراد مرتب مدى الحياة ، فيلتزم

(١) بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٢٤٤ .

(٢) استئناف مخطط ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٢٧٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥١ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٦ .

شخص لآخر بترتيب إيراد له مدى الحياة ، ويكتب مقابلاً سوريا لهذا الإيراد ، ويكون في الحقيقة متبرعاً بالإيراد .
والأمثلة كثيرة على الهبات المسترة باسم عقود أخرى (١) .

٥٦ - ومجرب ستر الرهبة بمقدار آخر مستوف لشروط الانعقاد في الظاهر :
والمهم ألا تكون الهبة سافرة يتم ظاهرها عن أنها هبة مكشوفة . فيجب إذن أن يكون هناك عقد آخر غير الهبة سائر لها ، ويجب أن يحكم هذا العقد ستر الهبة ، فهذا العقد السائر إنما هو في الواقع ضرب من الشكلية حل محل شكلية الهبة أو عينيتها إذا كانت هبة منقول (٢) .
ومن ثم يجب أن يتوافر في العقد السائر جميع شروط انعقاده في الظاهر (٣) .

(١) فالشركة التي يعطى فيها الشريك أسهماً دون أن يدفع حصة في رأس المال تخفى هبة مسترة لهذا الشريك ، والتوكيل بتسلم شيء مودع لحساب الموكل قد يخفى هبة هذا الشيء للوكيل (أوبري ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٢٧) .

وقد تستر الهبة في صورة تخارج (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٦ ص ٤٠٨) ، أو في صورة إقرار بالملك (استئناف وطني ٢٤ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٥٠-٢ ص ٢٤٠) ، أو في صورة سند تحت الإذن (استئناف مصر ٢٣ يولية سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٤٧ ص ٣٠٤ - استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ١٨٦ ص ٣٥٧) .

وليس من الضروري أن يكون العقد السائر ناقلاً للملكية ، فيصح أن يكون من العقود الكاشفة كالصلح (جوليثيه ص ٦٨ ، الأستاذ أكرم الخولي ص ١٢٥ هامش رقم ١ - عكس ذلك بلانيول وريبير وبولانجي ٣ فقرة ٣٣٥٧) . ولكن هبة الوالد أمواله لولديه وتسمية الهبة بأنها قسمة ليست إلا هبة مكشوفة ، فتكون باطلة إذا لم تكن في ورقة رسمية (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٦) .

(٢) فالجهد الذي يبذله الواهب في ستر هبته في صورة عقد آخر كفيل أن ينهيه إلى ما هو مقدم عليه من تصرف ، ويدل في الوقت ذاته على تصميمه على المضي في تصرفه ، وهذا محل الشكلية أو المينية في حاية إرادة الواهب (أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ **donation** فقرة ٢٣١ وفقرة ٤٧١) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما يشترطه القانون نصحة لطبة المسترة وفناؤها =

فإذا ستر الهبة حوالة حتى يجب أن تكون الحوالة مستوفية لشروط انعقادها ونفاذها . ولما كانت حوالة الحق ليست عقداً شكلياً ، فلا يشترط إذن شكل خاص . ولكن يجب أن يذكر مقابل صوري للحوالة حتى لا ينم العقد عن الهبة ، وأن يقبلها المدين أو يعلن بها حتى تكون نافذة في حقه (م ٣٠٥ مدني) (١) .

وإذا كانت الهبة في صورة كميالة مظهرة . وجب أن تستوفي الكميالة شروطها الشكلية والموضوعية ، وأن يستوفي التظهر شروطه كذلك . وإذا كانت الهبة في صورة عقد ترتيب إيراد ، وجب أن يستوفي هذا العقد شروطه . وتقول المادة ٧٤٣ مدني في هذا الصدد : « العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً ، وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع » . ويخلص من هذا النص أن ترتيب الإيراد على سبيل الهبة السافرة يجب أن يستوفي شكلية الهبة . أما إذا كتب في العقد مقابل صوري للإيراد ليسر الهبة . وجب أن يستوفي هذا العقد أيضاً شروطه الشكلية ، فيجب أن يكون في ورقة مكتوبة ، وليس من الضروري أن تكون ورقة رسمية .

= أن يكون العقد السائر للهبة مستوفياً كل الشروط المقررة له من حيث الشكل ، فإذا كان سند الدين موضوع النزاع مستكلاً جميع شرائط سندات الدين الصحيحة ، واستخلصت بحكمة الموضوع أن التصرف الوارد فيه كان منجزاً وغير مضاف إلى ما بعد الموت ، ثم كيفيته على فرض كونه تبرعاً بأنه هبة صحيحة نافذة في حق ورثة الواهب ، فذلك هو مقتضى التطبيق الصحيح للقانون (فقرض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧) .

(١) فإذا تنازلت سيدة تداين ابنها بسند لابنة ابنها عن هذا الدين نظير جهازها ، فهذه هبة مكشوفة لا مستترة ، ويجب أن تتم بورقة رسمية أو بالقبض (استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٠١-٢ ص ٤٨٢) . وإذا لم يذكر مقابل للحوالة ، فهي هبة مكشوفة تستوجب الرسمية (اسكندرية الكلية الوطنية ١٩ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤١٩ ص ٩١٩) . وإذا خصصت شركة نسبة مئوية من أرباحها لشخص ، ولم تخف ذلك تحت اسم عقد آخر ، بل ذكرت أن هذا التخصيص هو لإعانة الموهوب له ، فالهبة مكشوفة تستوجب الرسمية (استئناف مخطوط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠) .

وإذا كانت الهبة في صورة إقرار بالدين ، وجب ألا يظهر من الإقرار
ألا دين هناك وأن الإقرار مجرد التزام على سبيل التبرع وإلا كان الإقرار
غير سائر للهبة ، وكانت الهبة مكشوفة تستوجب الرسمية . ومن ثم فالإقرار
بالدين الصادر من شخص لآخر ، والمذكور فيه أنه كتب اعترافاً بجميل
المقر له بالدين ، لا يكون إقراراً سائراً لظهور فكرة التبرع في عبارات
الإقرار ذاتها^(١) ؛ وإذا لم يذكر في الإقرار سبب الدين ، واقتصر الواهب
على أن يذكر أنه يقر بدين في ذمته لفلان مبلغ كذا ، أو أنه يتعهد لفلان
يدفع مبلغ كذا ، كان الإقرار في هذه الحالة سائراً والهبة مستترة ، فتصح
دون ورقة رسمية ، لأن الإقرار الحقيقي لا يشترط فيه ذكر سبب الدين
ويفترض أن للدين سبباً^(٢) .

وقل مثل ذلك في العقود الأخرى التي تستر الهبة ، ونقف من هذه
العقود بوجه خاص على عقد البيع ، لأن الهبة المستترة أكثر ما تستر

(١) ولا يجوز أن يكون الإقرار صحيحاً في هذه الحالة إلا إذا فر على أنه وفاء لالتزام
طبيعي . فلا يستلزم الوفاء ورقة رسمية (أنسيكلويدي دالوز ٢ لفظ donation ٤٩٤ -
فقرة ٤٩٥) .

(٢) أنسيكلويدي دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٩٦ - وانظر فقرة ٥٣٢ حيث
يعتبر الإقرار غير المتضمن لسبب هبة غير مباشرة ، وفي رأينا أنها هبة مستترة كما في الإقرار
المتضمن لسبب الدين .

ويخلص من ذلك أن الهبة التي يسترها إقرار عرفي بالدين كسند تحت الإذن تكون صحيحة
(نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر د رقم ٣٥٥ ص ٦٨٦ - استئناف مختلط
٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢١ - ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٢ - ٢٥ مارس
سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٢ - ٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٨٣ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م
٤٨ ص ٥١ - ٣ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٤) . وانظر في هبة في صورة إقرار بالدين
مستكمل لجميع الشروط : نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٢ ص ٢١٠ -
استئناف مصر ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٥ ص ٢٧٤ .

ويتبين مما قدمناه أن جميع التصرفات المبررة إذا انطوت على هبات فهي هبات مستترة ، وإن
كان بعض الفقهاء يذهب إلى أنها هبات غير مباشرة .

به في العمل هو هذا العقد . فالهبة المستترة في صورة بيع يجب أن تستوفي شروط البيع في الظاهر . ولما كان البيع عقداً رضائياً ، فلا يشترط شكل خاص لانعقاد الهبة المستترة به . ولكن يجب أن يكون هناك مبيع و ثمن . أما المبيع فهو الشيء الموهوب ، يسميه المتعاقدان مبيعاً . وأما الثمن فصوري لا حقيقة له ، وإنما يذكر لسر الهبة . ولا بد من ذكره ، فإذا لم يذكر أصبحت الهبة سافرة تستوجب الشكلية . كذلك إذا ذكر ثمن تافه ، كانت الهبة سافرة لا بد لانعقادها من ورقة رسمية^(١) . أما إذا ذكر ثمن بخس ، فإما أن يكون هذا الثمن صورياً ، فتصح الهبة لأنها استترت بالبيع بعد أن استوفى شروطه في الظاهر بذكر الثمن . وإما أن يكون الثمن البخس جدياً ، فينظر إذا كان البائع قصد البيع وإنما تحمل الغبن مضطراً ، فإن العقد يكون بيعاً صحيحاً لأن الثمن البخس لا يبطل البيع . وإذا كان البائع قصد أن يحاكي المشتري بالفرق بين ثمن المثل والثلث البخس ، فالعقد في مقدار المحاباة هبة مستترة كما سبق القول . وقد يذكر في البيع الساتر للهبة ثمن يعادل ثمن المثل ، ولكن يقرر البائع في العقد أنه وهبه للمشتري أو أبرأه منه ، فهذه هبة سافرة لا مستترة ، ويجب أن تستوفي شرط الشكلية أو العينية^(٢) . فالواجب إذن أن يُحكم

(١) وإذا كان الثمن المذكور إيراداً مرتباً متى الحياة ، وكان الإيراد أقل من ربح العين ، فقد قدمنا عند الكلام في البيع أنه يعتبر ثمناً تافهاً ، وتكون الهبة مكشوفة لا مستترة . فتستوجب الرسمية (انظر الوسيط ٤ فقرة ٢١٦) .

(٢) وقد كانت أحكام القضاء متضاربة في هذه المسألة . فبعضها كان يذهب إلى أن للعقد يكون في هذه الحالة هبة مستترة لا تستوجب الشكلية ، لأن الهبة لم تنصب إلا على الثمن وهو منقول فتجوز هبته بدون ورقة رسمية . ويبقى البيع بعد أن ذكر فيه الثمن ساتراً للهبة . ولا فرق بين أن يذكر البائع أنه قبض الثمن ولم يكن قد قبضه فعلاً وبين أن يقول إنه وهب الثمن أو أبرأ المشتري منه ، بل هو في الحالة الأخيرة يقرر الواقع فيكون أولى بالرعاية : استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٤٨ - ١٧ فبراير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية =

= ٩ رقم ٨٧ ص ٢٠٠-٤ يوفيه سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ١٨٥ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨
المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥٢ ص ١١٩ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢
رقم ٦٤ ص ١١٨ - ١٣ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٤ ص ٢٠٠ - ٢٩
نوفبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٦٠ / ١ ص ١٤٨ - ٨ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤
رقم ١٤٤ ص ٤٩٠ - ٤ يوفيه سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١١٣ ص ١٩٥ -
٢٢ مايو سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٩٢ ص ٤٣٨ - استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٠
م ٢٢ ص ٢٩٧ - ١١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٨٦ - ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ١٤
ص ١٥٥ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٨ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠
ص ٣١٦ .

وذهبت أحكام أخرى إلى أن العقد يكون في هذه الحالة هبة مكشوفة تستوجب الرسمية ،
إذ لابد في البيع الساتر للهبة أن يكون في ظاهره دالا على بيع حقيق ولا يوجد بيع حقيق إذا
وهب البائع الثمن للمشتري أو أبرأه منه ، والقول بأنه تجوز هبة الثمن لأنه منقول فيه تجزئة العقد
إلى عقدين وهذا مالم يقصد إليه المتعاقدان . على أن هبة الثمن يجب أن تكون هي أيضاً في ورقة
رسمية مادام الثمن لم يقبض : استئناف وطني ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٩ ص ٤ - ٦ يوفيه
سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ١٨٥ - ٤ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١٠
ص ٢٣٨ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ٢٦٦ - ١٧ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة
الرسمية ١١ رقم ١٠٩ ص ٢٩٩ - ٢ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٦٥
ص ١٢٠ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢١٩ ص ٢١٢ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٥
الشرائع ٣ رقم ٧٧ ص ٢٩٥ - ٢٢ يناير سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٥١ ص ٨١ -
٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٨٩ ص ٥٥١ .

وقد طرحت المسألة على دوائر محكمة الاستئناف الوطنية المجتمعة ، فقضت في أول مايو
سنة ١٩٢٢ (المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٤٢ ص ٦٨ - المحاماة ٢ رقم ١٦٠ ص ٤٧٣) بالرأى
الثاني ، مستندة إلى أنه إذا لم يكن عقد الهبة المسترة في ظاهره عقداً ذا عوض ، بل كان
ظاهراً كاشفاً لنية التبرع أو دالا عليها ، كانت الهبة باطلة لأنها تكون هبة مكشوفة لا مسترة .
ولا تكون صحيحة إلا إذا كان العقد جامعاً في الظاهر لأركان البيع اللازمة لانعقاده ، أى مذكوراً
فيه الثمن بطريقة غير نافية لوجوده . ثم إن هبة الثمن أو الإبراء منه يدل كل مطلع عليه أنه عقد
تبرع ، فلا حاجة هنا للحماية الغير بتصحيح الهبة . والقول بأن الهبة تصح في الثمن لأنه منقول
غير صحيح ، لأن المنقول الذي لم يقبض لا تجوز هبته إلا بعقد رسمي . والقول بأنه لا يصح
ققض تصرف من كان صريحاً في عمله في حين إجازته لو كان أخى غرضه مردود بأن المسألة هنا
مسألة تطبيق نص قانوني ، على أن الواقع أن الواهب لم يكن صريحاً في عمله فقد أراد التحليل ولكنه
ضل الطريق فلم يعرف كيف يستوفي شرائط العقد الذي للتبرع إليه ليتخذ حيلة ، وكان في الواقع =

البيع ستر الهبة ، بأن يذكر فيه ثمن غير تافه^(١) ، ولكن ليس من الضروري أن يذكر في البيع أن الثمن قد قبض ، بل يصح تصويره على أنه دين قائم في ذمة المشتري . فإذا ستر البيع الهبة على هذا الوجه ، تمت الهبة دون حاجة إلى ورقة رسمية ، ودون حاجة إلى القبض في الممتول^(٢) .

يقوم مقام هبة الثمن اعترافه بقبضه ليصح عقده . انظر أيضاً استئناف وطني ٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٧٠ ص ١٢٠ .

وقد أخذت بهذا الرأي الثاني محكمة النقض ، فقضت بأنه لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن في عقد البيع متى كان الثمن مسمى فيه ، فإن البيع يقتضي إطلاقاً التزام المشتري بدفع الثمن المسمى ، ولكن إذا كان لم يذكر في العقد أو ذكر مع إبراء المنصرف إليه منه أو وجه له ، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون ساتراً للهبة ، لأن القانون وإن أجاز أن يكون العقد المحتمل على الهبة موصوفاً بعقد آخر فإنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفياً الأركان والشرائط اللازمة لصحته (نقض مدني ٩ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٠ ص ٤٠٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن معين ، وكان منصوفاً فيه على أن البائع تبرع لولده المشتري بهذا الثمن ، وعلى أن المشتري التزم بتجهيز أخته وبالإففاق عليهما وعلى أمه بعد وفاة أبيه ، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة ، فإنها لا تكون قد أخطأت في تكليفه فإن مجرد النص على أن الوالد تبرع بالثمن يكفي لاعتبار العقد هبة مكشوفة . أما ما التزم به الموهوب له في ذيل هذا العقد من تجهيز أخته ومن الإففاق عليهما وعلى والدته بعد وفاة أبيه ، فلا يعدو أن يكون مقابلاً للهبة ، ولا يخرج عقدها عن طبيعته (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٣ ص ١٧٨) .

ومتى ذكر الثمن في العقد كان البيع ساتراً للهبة كما قدمنا ، حتى لو وجدت ورقة ضد تكشف عن حقيقة نية المتصرف (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ ص ٥٧٣) ، وحتى لو اتفق الطرفان على عدم نقل تكليف العين المبيعة وبقائها تحت يد البائع للانتفاع بها طول حياته (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢ ص ٤٣) .

انظر في هذا الموضوع الأستاذ محمد كامل مرسي في العقود المماسة ٢ فقرة ٧٤ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٤٨ .

(١) أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٨٥ وفقرة ٤٨٧ .

(٢) ودون حاجة إلى استيفاء الثمن بداهة ، إذ المفروض أن الثمن صوري (استئناف

مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٦) .

٥٧ - إغفاء الرهبة المستترة من الشككية ومن العبثية : لم يكن المشروع

التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يعنى هبة العقار المستترة من الشككية إلا بالنسبة إلى الغير حسن النية . أما فيما بين المتعاقدين ، فكانت هبة العقار فى غير ورقة رسمية باطلة حتى لو كانت مستترة . فكانت المادة ٦٦٠ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ - تكون هبة العقار بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة . ٢ - على أنه إذا تمت الهبة تحت سائر عقد آخر ، جاز للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر وفقاً لما تقتضى به مصلحته . فإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين » . فكان هذا النص يجرى على هبة العقار المستترة أحكام الصورية ، فإذا كانت الهبة فى صورة بيع مثلاً ، فالعقد الحقيقى هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين ، فتكون الهبة باطلة لانعدام الشككية . ولكن الغير حسن النية له أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت مصلحته تقتضى بذلك ، كما إذا اشترى شخص العين الموهوبة من الموهوب له ، فالمشترى فى هذه الحالة يتمسك بالعقد الظاهر ويعتبر الهبة المستترة بيعاً نقل الملكية إلى الموهوب له حتى يصح عقد شرائه من هذا الأخير .

وفى لجنة المراجعة حذف هذا النص ، واستبقيت الأحكام التى كان معمولاً بها فى عهد التقنين المدنى السابق^(١) ، إذ ألفها المتعاملون

(١) استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٤٢ ص ٨١ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ٣٧٣ ص ٧٥١ - ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٦ / ١ - استئناف أسيوط ١٠ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٥ ص ٨٨٤ - سوهاج الكلية ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٩ ص ٨٩٣ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٣٧٧ ص ٧٦٢ - الإسكندرية الكلية الوطنية ١٩ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٣٢ ص ٥٦٠ - استئناف مغلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ - ١٧ -

منذ وقت طويل ولم يجد ما يدعو إلى تغييرها . فاستقر التقنين المدني الجديد على أن الهبة المسترة ، في العقار وفي المنقول ، تعفى من الشكلية ومن العينة^(١) .

ففي الهبة المسترة للعقار ، يكون العقد صحيحاً بالرغم من أنه لم يوثق في ورقة رسمية ، ويكفي أن يكون العقد الساتر قد استوفى ظاهراً شرائط انعقاده . وتكون الهبة صحيحة لا بالنسبة إلى الغير فحسب ، بل أيضاً فيما بين المتعاقدين .

وفي الهبة المسترة للمنقول ، يكون العقد صحيحاً كذلك بالرغم من أنه لم يوثق في ورقة رسمية ، وبالرغم من أن الموهوب لم يقبض ، فيعفى العقد الساتر بذلك عن كل من الشكلية والعينة .

٥٨ - خضوع الهبة المسترة لأحكام الهبة الموضوعية : على أن الهبة

المسترة ، إذا كانت لا تخضع لأحكام الهبة الشكلية . فإنها تخضع لأحكامها الموضوعية . ويترتب على ذلك أن الهبة المسترة تعتبر هبة ، وتسئزم أهلية التبرع في الواهب ، ويجب أن يكون الواهب الكأ لما تبرع به ، ويتخفف فيها من ضمان الاستحقاق^(٢) وضمان العيب ، وتعتبر تبرعاً بالنسبة إلى الدعوى البولصية ، ويجوز فيها الرجوع إلا إذا وجد المانع ، وإذا صدرت في مرض الموت كان لها حكم الوصية^(٣) .

- يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٤ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٤ - ٨ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٧ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٣٩ - ١٣ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣٨ - ٢٢ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥١ .
(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ في الهامش .

(٢) إلا في حق الغير ، فإذا كانت الهبة في صورة بيع وباع الموهوب له العين إلى مشتر ، كان لهذا المشتري الرجوع بضمين استحقاق المبيع على الواهب (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٤٦) .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٥ - ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٧ ص ١٣٥ - ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٧ ص ١٣٥ .

ومن يدعى أن العقد الظاهر ليس إلاهبة مستترة ليجرى عليه أحكام الهبة الموضوعية هو الذى يحمل عبء الإثبات . فلماذا أدعى المتصرف مثلاً أن البيع الصادر منه إلى المشتري ليس إلاهبة مستترة ، وأنه يريد الرجوع فيها ، فعليه هو أن يثبت ذلك وفقاً للقواعد المقررة فى الإثبات . فإذا كانت قيمة المال المتصرف فيه تزيد على عشرة جنيهات أو كان المتصرف مكتوباً^(١) ، لم يجز إثبات التستر إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . ولذلك يكون من الخير للواهب فى الهبة المستترة أن يحصل على « ورقة ضد » من الموهوب له يقرر فيها هذا أن العقد الظاهر هو فى حقيقته هبة مستترة ، حتى يتيسر للواهب إثبات التستر بالكتابة عند الاقتضاء .

وإذا كان الذى يدعى استتار الهبة هو الغير ، كدائن الواهب إذا طعن فى الهبة المستترة بالدعوى البولصية ، فإن هذا الغير هو الذى يحمل عبء الإثبات . ولكن له أن يثبت الاستتار بجميع طرق الإثبات ، ويدخل فى ذلك البيئة والقرائن ، لأنه غير لا يكلف الإثبات بالكتابة^(٢) .

وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان المتصرف المطعون فيه هو هبة مستترة ، ناظراً فى ذلك إلى ظروف التصرف وملابساته ، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض^(٣) .

١٩ م ص ٢٦١ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٤٠ .

وكذلك يجب تسجيلها فى العقار لتنقل الملكية (استئناف مختلط ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٩ م ٥٣ ص ٧) . ولكن لا يشترط تسجيلها لصحة الهبة فى ذاتها (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٣٩) .

(١) ولكن إذا كان المتصرف المكتوب إقراراً بدين لم يذكر سببه ، جاز للواهب أن يثبت بجميع الطرق أن السبب هو التبرع ، لأنه لا يثبت عكس ما هو مكتوب ولا يجاوزه ، وإنما هو يفسر المكتوب (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٥٩ ص ٥٢٩) .

(٢) أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ donation فقرة ٥٠٦ - فقرة ٥١٦ .

(٣) بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٢٥٦ ص ٥٦٨ .

المبحث الثاني

شروط الصحة

٥٩ - الأهلية وجوب الرضاء : وشروط صحة التراضي في الهبة ، كشروط صحته في سائر العقود ، ترجع إلى الأهلية وإلى عيوب الرضاء :

المطلب الأول

الأهلية في عقد الهبة

٦٠ - أهلية الواهب وأهلية الموهوب له : يجب في صدد الأهلية التمييز بين أهلية الواهب وأهلية الموهوب له . والقانون يتشدد في أهلية الواهب ويتطلب أهلية التبرع^(١) وهي أقوى من أهلية التصرف ، لأنه يقوم بعمل ضار به ضرراً محضاً . وعلى النقيض من ذلك يخفف القانون من أهلية الموهوب له ، فلا يشترط فيه حتى أهلية التصرف بل يكفي فيه التمييز ، لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً .

§ ١ - أهلية الواهب

٦١ - الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه : عديم التمييز غير أهل لأن يهب ، بل هو لا يستطيع التعاقد أصلاً . إذ التعاقد يقوم على الإرادة ولا إرادة لعديم التمييز . ويدخل في ذلك الصبي غير المميز وهو من لم يبلغ

(١) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد ينص في المادة ٦٥٥ منه على أنه

١ - يجب لصحة الهبة أن يكون الواهب مالكا للمال الموهوب ، وأن يكون أهلا للتبرع .

٢ - وتسرى على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة وبما جاء في باب أحكام الوصية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٧ - ٢٥٨ في الهامش) .

السابعة من عمره (م ٤٥ / ٢ مدني) ، والمجنون والمعتوه^(١) ، فكل هبة تصدر من أحد من هؤلاء تكون باطلة ولا تلحقها الإجازة^(٢) .

٦٢ - الصبي المميز والصفية وذو الغفلة : وكذلك الصبي المميز

- أيا كانت سنه ولو زاد على الثامنة عشرة وكان مأذوناً له في التجارة - غير أهل لأن يهب . فهو لا يملك أهلية التبرع أصلاً ، وإن كان يملك أهلية التعاقد وأهلية التصرف في حدود رسمها القانون . وقد سبق أن بينها عند الكلام في الأهلية بوجه عام . والهبة التي تصدر من الصبي المميز باطلة ، فلا ترد عليها الإجازة . سواء صدرت هذه الإجازة من الولي أو الوصي أو القيم أو صدرت من المحكمة .

وكذلك السفية وذو الغفلة المحجور عليهما لا يملكان أن يهبا أموالهما ، والهبة التي تصدر منهما تكون باطلة ولو أذن القيم أو أذنت المحكمة . ذلك أن السفية وذا الغفلة لا يملكان أهلية التبرع إلا في الوقف والوصية إذا أذنت المحكمة فيهما (م ١١٦ / ١ مدني) ، أما الهبة فلا يملكانها ولو بإذن القيم أو المحكمة كما قدمنا . أما الهبات الصادرة منهما قبل تسجيل قرار الحجر ، فهي في الأصل صحيحة ، ولا يسرى قرار الحجر في حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار . لكن يقع كثيراً أن السفيه أو ذا الغفلة يتوقع الحجر عليه ، فيصرف في ماله قبل الحجر متواطئاً مع من تصرف إليه ،

(١) وقد نصت المادة ١١٤ مدني على أنه : « ١ - يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه

إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر . ٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة المجنون أو المعتد شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » .

(٢) وانظر في أن تقدم السن قد يعدم التمييز فتكون الهبة باطلة : نقض مدني ٢١ مارس

سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣١ ص ٢٤٩ . وانظر في إثبات انعدام التمييز : استئناف مخطوط ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٢٧ - ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠

ص ٢٢٤ .

أو ينتهر الغير هذه الفرصة فستصدر منه تصرفات يستغله بها ويبتز أمواله ،
ففى هاتين الحالتين - التواطؤ والاستغلال - يكون التصرف باطلاً إذ
كان من أعمال التبرع ، وقابلاً للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو
أعمال الإدارة . وفى هذا الصدد تنص المادة ٢/١١٥ مدنى على ما يأتى :
« أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلاً أو
قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ^(١) » .

٦٣ - ولاية الولى والوصى والقيم فى هبة مال المحجور : وسواء

كان الشخص عديم التمييز أو ناقصه ، أى سواء كان صبياً غير مميز أو
مجنوناً أو معتوهاً أو صبيّاً مميزاً أو سفياً أو ذا غفلة ، فإن الولى أو الوصى
أو القيم لا يملك أحد منهم أن يهب مال المحجور ولو بإذن المحكمة . ويستثنى
من ذلك أمران : (١) مانصت عليه المادة ٥ والمادة ٣٨ من قانون
الولاية على المال من أنه ليس للولى أو للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء
واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة^(٢) . (٢) مانصت عليه المادة ٣٩
من قانون الولاية على المال من أن الوصى أو القيم تجوز له مباشرة
التصرفات الآتية بإذن المحكمة : التنازل عن الحقوق والدعاوى ، وقبول
الأحكام القابلة للطعن بالطرق العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد
رفعها ، والتنازل عن التأمينات وإضعافها^(٣) .

٦٤ - البالغ الرشيم : فإذا بلغ الإنسان رشيداً - وسن الرشد

(١) نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٣ ص ٢٥٧
(٢) وهذا ما لم يكن المال الموهوب قد آل إلى القاصر بطريق التبرع من أبيه ، صريحاً
كان التبرع أو مستتراً ، فلا يلزم الأب فى هذه الحالة بتقديم حساب عن هذا المال (م ١٣
من قانون الولاية على المال) .

(٣) وإذا كان الولى هو الجد ، فلا يجوز له بغير إذن المحكمة التنازل عن التأمينات المغطاة
لضمان دين القاصر أو إضعافها (م ١٥ من قانون الولاية على المال) .

إحدى وعشرون سنة - توافرت فيه أهلية التبرع ، ويستطيع عندئذ أن يهب . ولا حد للمال الذى يستطيع أن يهبه ، فله أن يهب بعض ماله أو كل المال لمن يشاء ، وارثاً كان الموهوب له أو غير وارث^(١) . فليس هناك نصاب للهبه^(٢) ؛ كما وجد الثلث نصاباً للوصية ، وذلك ما لم تكن الهبة قد صدرت منه وهو فى مرض موته فيكون لها عندئذ حكم الوصية ولا تجوز إلا فى الثلث للوارث ولغير الوارث .

أما إذا وهب البالغ الرشيد فى صحته ولو كل ماله ، فإن الهبة تكون صحيحة^(٣) . ولا يوجد فى القانون المصرى - كما يوجد فى القانون الفرنسى - حق للورثة فى إنقاص الهبة (droit de réduction) إلى نصاب الوصية بعد موت الوارث . وإذا كانت الهبة لوارث ، لم يكن للورثة - كما لهم فى القانون الفرنسى - أن يستردوا المال الموهوب للتركة (droit de rapport) ليقتسموه جميعاً مع الموهوب له كل بقدر حصته فى التركة .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الهبة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحد ورثته تكون صحيحة لخروجها عن نطاق التحايل على قواعد الإرث ولعدم مساسها بالنظام العام (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢/١٢٢) .

(٢) أما تقنين الموجبات والعقود البناني فقد نصت المادة ٥١٢ منه على أنه « لا يصح أن تتجاوز الهبات حد النصاب الذى يحق للواهب أن يتصرف فيه . » ونصت المادة ٥٣١ منه على « أن الهبة التى تتجاوز - طبقاً لما نص عليه فى المادة ٥١٢ - حد النصاب المعين بالنسبة إلى قيمة الأموال التى تركها الواهب عند وفاته ، يجب أن يخفض منها كل ما تتجاوز ذلك النصاب . على أن التخفيض لا يبطل مقاعيل الهبة ، ولا حيازة الواهب للثأر فى مدة حياته . » ونصت المادة ٥٣٢ منه على أنه « إذا منحت هبتان أو عدة هبات وتعدر أدائها تماماً بدون تجاوز حد حد النصاب ، فالهبات الأحدث عهداً تبطل أو تخفض بقدر تجاوزها حد النصاب . »
وهذه النصوص مشبعة بأحكام التقنين المدنى الفرنسى .

(٣) نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٤ ص ٤٠٢ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٥ ص ٦٨٦ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٦ ص ٧٥٢ - استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٤ - ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٧ .

وللزوجة البالغة الرشيدة في حالة صحتها أن تهب ما لها كله أو بعضه لمن تشاء ، دون إذن زوجها . أما في القانون الفرنسي ، فلا تجوز هبة الزوجة إلا بإذن الزوج (١) .

والغائب يملك وكيله من الولاية على ماله ما يملكه الوصي ، فيجوز لهذا الوكيل بإذن المحكمة مباشرة التبرعات التي يجوز للوصي أن يباشرها بإذن المحكمة ، وهي الواردة في المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال وسبق ذكرها في الكلام على ولاية الوصي .

وإذا كان البالغ الرشيد محكوماً عليه بعقوبة جنائية . تولى القيم إدارة ماله ، أما أعمال التصرف والتبرع فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة .

وإذا كان البالغ الرشيد أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك . ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقرر المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذي تقرر مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد ، إذا صدر هذا التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة . وهذه التصرفات هي المذكورة في المادة ٣٩ من قانون

(١) ذهب الليث بن سعد إلى أن تبرعات الزوجه - ومنها هبتها - موقوفة على إذن زوجها أو إجازته إلا ما كان تافهاً حقيراً . وحجته في ذلك ما رواه أحمد والنسائي وأبو داود عن عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها اهـ . وحديث : لا يجوز للمرأة أمر في ما لها إذا ملك زوجها عصمتها . فأخذ الليث من هذا أنه لا يجوز للزوجة أن تعطى عطية من ما لها مطلقاً بغير إذن زوجها ، لكنه استثنى الشيء التافه لخرمان التامع به . وقال طاوس ومالك إنه يجوز لها أن تعطى - ما لها بغير إذنه - إن التلك ، ودليه أيضاً هذا الحديث ، لكنه لما رأى الجمهور من القائلين بأن هرحة أن تتصرف في ما لها كيف تشاء وليس للزوج أن يمنحها من ذلك كما وردت بذلك أحاديث كثيرة تعارض ما تقدم ، حل تلك الأحاديث على جواز هبة الشيء الدبير بدون إذن الزوج ، وقدره إلى التلك تيساً على الوصية (الاستاذ أحمد ابراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٦٢٠) .

الولاية على المال ، ويدخل فيها التبرعات التي يجوز للوصي مباشرتها بإذن المحكمة والتي سبق بيانها . وتنص المادة ٧١ من قانون الولاية على المال على أن يشترك المساعد القضائي في هذه التصرفات ، « وإذا امتنع عن الاشتراك في تصرف ، جاز رفع الأمر للمحكمة ، فإن رأت الامتناع في غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد في إبرامه ، أو عينت شخصاً آخر للمساعدة في إبرامه وفقاً للتوجيهات التي تبينها في قرارها » .

§ ٢ - أهلية الموهوب له

٦٥ - الموهوب له جنين : يجب أن يكون الموهوب له موجوداً حقيقة ، فلا يكفي أن يكون موجوداً حكماً كالجنين في بطن أمه . فالهبة للحمل المستكن باطلة ، لأن الهبة إيجاب وقبول ، والجنين لا يقدر على القبول وليس له ولي يقبل عنه^(١) . وهذا بخلاف الوصية والوقف ، فيتمان

(١) ويجوز مالك الهبة للجنين والمعدوم . فيجوز أن يهب شخص ماله لحمل ، ويرقف المال الموهوب ، فإن ولد الجنين حياً وعاش كان المال للموهوب له ، وإن مات بعد ولادته حياً كان لورثته ، وإن ولد ميتاً بقى المال على ملك الواهب . ويجوز أن يهب شخص ماله لمعدوم ، فيقول إن ظهر لفلان ولد فهذا المال له ، وفي هذه الحالة لا تكون الهبة لازمة فيجوز للواهب التصرف فيها قبل وجود الموهوب له ، ويذهب ابن القاسم إلى أنه ليس للواهب أن يتصرف في المال الموهوب حتى يئأس من وجود الموهوب له (الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ، ص ٦٢٣) .

وتجوز الهبة لغير معين عن طريق الإباحة أو التحليل ، أى إذن الإنسان لغير معين بأن ينتفع بماله أو يستهلكه أو يملكه . جاء في الفتاوى الهندية : رجل سبب دابته وقال من شاء فليأخذها ، فأخذها رجل فهي له ، ومثله من رمى ثوبه وقال من أراد أن يأخذها فليأخذها ، فأخذها رجل ، فهي لمن أخذها . . ومثله في الحكم الدرهم ونحوها التي تنثر على الناس في الأعراس ونحوها ، فهي ملك لمن التقطها . ومن ذلك الضيافات والولائم فلفضيف أن يتناول من الطعام كفايته دون أن يدخر منه شيئاً رجوعاً إلى عرف الناس وعاداتهم (الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٥ - ص ٦٦) .

ميرادة مفردة ، وبصحاح للحمل المستكن^(١) .

٦٦ - الموهوب له صبي غير مميز أو مجنونه أو معتوه : قدما أن

الموهوب له يكفي فيه التمييز ليكون أهلاً لقبول الهبة . فإذا كان عديم التمييز ، بأن كان صبياً غير مميز أو مجنوناً أو معتوها ، لم يكن أهلاً لقبول بنفسه ، ولكن يقبلها عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه ، وإذا كانت الهبة الهبة لا تتم إلا بالقبض قبضها عنه ، وكل ذلك دون حاجة إلى إذن المحكمة . وتنص المادة ٤٨٧ من التقنين المدني في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ - لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه . ٢ - فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه ، ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب »^(٢) .

(١) ويجوز تمييز وصي مختار للجنين في حالة الوصية له (م ٢٨ و م ٢٩ من قانون الولاية على المال) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٦٧ من المشروع التهدي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٤ من المشروع النهائي ، ثم مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص ، ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٥٥ (مطابق) . وفي التقنين المدني الليبي م ٤٧٦ (مطابق) - وفي التقنين المدني العراقي : م ٦٠٤ - ملك الصغير المال الذي وهبه إياه وله أو من هو في حجره - بمجرد إيجاب الواهب مادام المال في يده أو كان وديعة أو عارية عند غيره ولا يحتاج إلى القبض . م ٦٠٥ . إذا وهب شيء لصبي غير مميز ، قام مقامه وليه أو من هو في حجره . م ٦٠٨ - يشترط أن يكون الواهب عاقلاً بالغاً أهلاً للتبرع ، فإن كان كذلك ، جاز له أن يهب في حال صحته ماله كله أو بعضه لمن يشاء ، سواء كان أصلاً له أو فرعاً لقريباً أو أجنبياً عنه ولو مخالفاً لدينه . (وأحكام التقنين العراقي تنفق مع أحكام التقنين المصري) . وفي تقنين الموجبات والنفود اللبناني : م ٥١٥ - كل شخص يستطيع التعاقد والتصرف في ملكه يمكنه أن يهب . ولا يحق للولي أن يتصرف بلا بدل في الأموال يتولى إدارتها . م ٥١٦ - كل شخص يصرح القانون تصرفاً خاصاً بعدم أهلية لقبول الهبة -

ونرى من ذلك أن الولي أو الوصى أو القيم ينوب عن المحجور في قبول الهبة وفي قبضها ، حتى لو كان هو الواهب ، فيكون تعاقد الشخص مع نفسه جائزاً في هذه الحالة بنص صريح في القانون (١) .

وإذا كانت الهبة مقترنة بشرط أو محملة بالتزامات معينة على الموهوب له ، لم يجوز للولي قبولها عن الصغير إلا بإذن المحكمة (م ١٢ من

= أن يقبلها . ويحرم أهلية القبول حرماناً نسبياً : أولاً - الوصى بالنسبة إلى الموصى عليه . ثانياً - الطبيب في مدة مرض الموت إذا لم يكن من أقرباء المريض . م ٥١٧ - الأشخاص الذين لا يستطيعون التعاقد لا يمكنهم قبول هبات مقيدة بشرط أو بتكليف ، إلا بعد ترخيص الذين يمثلونهم شرعاً . م ٥١٨ - الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم . م ٥١٩ - الهبات التي تمنح لأشخاص ينص القانون على عدم أهليتهم لقبولها تعد باطلة، وإن جرت تحت مظهر عقد آخر أو على يد شخص مستعار . م ٥١٩ - يجب على الموهوب له أن يقبل الهبة بنفسه أو بواسطة شخص آخر حاصل على وكالة خاصة أو وكالة عامة كافية (كالأب والأم والوصى) . وإلا كان القبول باطلاً . (وهناك فرقان بين أحكام التقنين اللبناني وأحكام التقنين المصري : (١) الحرمان النسبي من قبول الهبة للوصى والطبيب . (٢) جواز الهبة للجنين) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لو وهب الأب لطفله شيئاً في يده أو عند مستودعه أو مستميره ، تم الهبة بمجرد قوله ونبت ، ولا حاجة للقبول لتأم الهبة ، لأن المال لما كان في قبض الأب ناب مناب قبض الصغير . فإذا اعتبر الحكم ، بناء على أسباب مسروعة ، أن إقرار المورث بأنه مدين بقيمة السند موضوع الدعوى لولديه القاصرين هو إقرار من جانبه يشمل إيجاباً بالهبة من مال في قبض ، وبه تم الهبة للقاصرين بغير حاجة إلى قبول من وصى يقام عليهما تسليم السند ، فإنه لا يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧١ ص ٢٦٩ - ويؤخذ على هذا الحكم أنه يتكلم عن القبض في هبة مستمرة تم دون حاجة إلى قبض أو إلى ورقة رسمية ، ولكن الحكم يصيب في أن الهبة هنا ليست في حاجة إلى قبول الصغيرين) . وانظر في أن ولي القاصر ولو كان هو الواهب يقبل الهبة نيابة عنه : استئناف وطني ٣١ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٣٠٠ - ٧ فبراير سنة ١٩٢١ الهامة ١ رقم ٨٧ ص ٤٥٥ - مصر الكلية الوطنية ١٦ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١١٠ - استئناف مخطط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٨ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٧ ص ٣٢١ - رقرارن استئناف مخطط ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٤ ص ٣٢٧ .

قانون الولاية على المال (١) ، وكذلك لم يجوز للوصى أو القيم قبولها أو رفضها إلا بإذن المحكمة (م ٣٩ من قانون الولاية على المال) .

ويجوز أن يشترط المتبرع للصغير ألا يدخل مال التبرع في الولاية (م ٣ من قانون الولاية على المال) ، فتقيم المحكمة في هذه الحالة وصياً خاصاً تحدد مهمته (م ٣١ من قانون الولاية على المال) . كما يجوز للمتبرع نفسه أن يقيم وصياً مختاراً . على أن تعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها (م ٢٨ من قانون الولاية على المال) . والأصل أن الولى لا يحاسب على تصرفاته ، ولكنه استثناء يحاسب على ريع المال الذى وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة (م ٢٥ من قانون الولاية على المال) . وظاهر أن هذه الأحكام قد فرضها القانون لمصلحة الصغير .

٦٧ - الموهوب له صبي مميز أو سفبه أو ذو غفلة : فإذا كان الموهوب له قادراً على التمييز ، بأن كان صبياً مميزاً أو سفباً أو ذا غفلة ، فقد استوفى بالتمييز أهليته لقبول الهبة . وجاز له أن يقبلها وحده ، وأن يقبضها ، دون إذن الولى أو الوصى أو القيم ودون إذن المحكمة . لأنها نافعة له نفعاً محضاً . فإذا كانت مقترنة بشروط أو التزامات ، فإن قبولها لا يكون إلا بإذن المحكمة على التفصيل الذى أوردناه فى عديم التمييز . وغنى عن البيان أن الولى أو الوصى أو القيم يستطيع كل منهم أن يقبل الهبة وأن يقبضها عن المحجور ، وفقاً لما ذكرناه عند الكلام فى عديم التمييز (٢) .

(١) فيجوز إذن رفضها بغير إذن المحكمة (انظر الأستاذ أكرم الحولى ص ١٠٤ هاش . رقم ٢) .

(٢) وإذا وهب للزوجة الصغيرة هبة ، فلزوجها أن يقبضها نيابة عنها إذا كانت قد زفت إليه ولو كان أبوها حاضراً ، وكذا لأبيها حق القبض لما له من الولاية عليها ، وكذا لما أنه قبضها إذا كانت نيرة (انظر م ٥١٣ وم ٥١٤ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) وانظر الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٦٢٢) .

٦٨ - **البالغ الرئس** : أما البالغ الرشيد فله أهلية قبول الهبة دون إذن من أحد^(١) ، حتى لو كانت مقترنة بشروط أو التزامات .
وإذا كان غائباً قبلها عنه وكيله ، أو محكوماً عليه بعقوبة جنائية قبلها عنه القيم ، أو ذا عاهتين من العاهات التي تقدم ذكرها قبلها بمعاونة المساعد القضائي : فإذا كانت مقترنة بشروط أو التزامات ، وجب أيضاً إذن المحكمة^(٢) .

المطلب الثاني

عيوب الرضاء في عقد الهبة

٦٩ - **نظير الفواهر العامة** : عيوب الرضاء في عقد الهبة هي عيوبه

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواهب قد قبل الهبة التي صدرت منه لأحد أولاده بصفته ولياً عليه ، مع أن الموهوب له كان في وقت القبول بالغاً من الرشد ، وتمسك الموهوب له أمام محكمة الموضع بأن عقد الهبة قد تنفذ وتسلم الشيء الموهوب ووضع اليد عليه وانتفع به بإقرار ورضاء جميع الورثة ، وطلب الإحالة على التحقيق لإثبات ذلك . فأبطل الحكم الهبة لبطلان قبولها ، ولم تأبه المحكمة لهذا الدفاع وأغفلت التعرض له مع أنه دفاع جوهرى يحتل معه - فيما لو ثبت - أن يتغير وجه الحكم في الدعوى ، فإن ذلك يعتبر قصوراً في التسبيب يعيب الحكم (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام انقض ٨ رقم ٩٢ ص ٨٢٨) .
(٢) أما قبول الأشخاص المعنوية للهبات فتنتج فيه القواعد الخاصة بها . من ذلك ما نصت عليه المادة ٥٧ مدنى (قبل إلغائها) بالنسبة إلى الجمعيات : « ١ - لا يجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات إلا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله .
٢ - ولا يسرى هذا الحكم على الجمعيات التي لا يقصد منها غير تحقيق غرض خيرى أو تعليمى ، أو لا يراد بها إلا القيام ببحوث علمية » . وتنص المادة ٧٩ مدنى (قبل إلغائها) على أن : « ١ - الجمعيات التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة والمؤسسات يجوز ، بناء على طلبها ، أن تعتبر هيئة تقوم بمصلحة عامة ، وذلك بمرسوم يصدر باعتماد نظامها . ٢ - ويجوز أن ينص في هذا المرسوم على استثناء الجمعية من قيود الأهلية المنصوص عليها في المادة ٥٧ . ٣ - ويجوز أن يفرض المرسوم اتخاذ إجراءات خاصة للرقابة ك تعيين مدير أو أكثر من الجهة الحكومية أو اتخاذ أى إجراء آخر يرى لازماً » . وتنص المادة ٤٠ من قانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ على تحريم التبرع لشركات المساهمة .

فى أى عقد آخر ، فىعب إدادة المتعاقدىن - إدادة الواهب بوجه خاص - أن تكون مشوبة بغلط أو تدلىس أو إكراه أو استغلال . فإذا شاب الإدادة عىب من هذه العىوب ، كانت الهبة قابلة للإبطال لمصلحة من شاب إدادته العىب . وفى الاستغلال تكون الهبة قابلة للإبطال أو للإنقاص وفقاً للقواعد المقررة فى الاستغلال ، وقد سبق تفصلها فى الجزء الأول من الوسىط .

ونستعرض هذه العىوب مطبقة على عقد الهبة استعراضاً سريعاً ، إذ لا جدىد ىقال فىها أكثر مما قبل فى النظرىة العامة للعقد .

٧٠ - **الغلط فى هبة الموهوب** : حتى ىجعل الغلط الهبة قابلة للإبطال ، ىجب أن ىكون غلطاً جوهرياً . وىلاحظ بوجه عام أن معيار الغلط الجوهرى فى الهبة أخف من معياره فى البىع ، لأن الهبة عقد تبرع فجسامة الغلط فىها قد لا ىرقى إلى جسامته فى عقد البىع^(١) . وأكثر ما ىقع الغلط من الواهب ، لأن الموهوب له لا ىلزم بشىء ، وهذا ما لم تكن الهبة بعوض . وىقع الواهب فى غلط جوهرى إما فى الشىء الموهوب ، وإما فى شخص الموهوب له ، وإما فى القىمة ، وإما فى الباعث .

ومثل الغلط الجوهرى فى الشىء الموهوب أن ىهب شخص آخر أرضاً زراعىة ، ثم ىتبىن بعد ذلك أنها أرض بناء . فإذا كان الغلط مشتركاً بىن الواهب والموهوب له أو كان الموهوب له ىعلم أنه ىستطىع أن ىعلم بغلط الواهب ، كانت الهبة قابلة للإبطال بناء على طلب الواهب . فىجوز للواهب فى هذه الحالة أن ىطلب إبطال الهبة للغلط فى الشىء ، حتى لو لم ىمكن ىستطىع الرجوع فىها لقيام مانع من موانع الرجوع ، فإن إبطال الهبة غىر الرجوع فىها .

ومثل الغلط الجوهري في شخص الموهوب له أن يهب شخص لآخر مالا معتقداً أن هناك رابطة قرابة تربطه به ، فيتضح أن الأمر غير ذلك ، فإذا كان الغلط مشتركاً أو كان الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بغلط الواهب ، جاز للواهب ، حتى لو قام مانع من الرجوع في الهبة ، أن يطلب إبطال العقد للغلط . ويلاحظ أن شخصية الموهوب له في عقد الهبة ذات اعتبار رئيسي في التعاقد ، وتفوق كثيراً في الاعتبار شخصية المتعاقد في عقود المعاوضة ، ولذلك يكون الغلط في شخص الموهوب له أشد أثراً من الغلط في شخص المشتري^(١) .

ومثل الغلط الجوهري في قيمة المال الموهوب أن يهب شخص آخر أسهماً وهو يجهل أن سهماً منها قد ربح جائزة كبيرة . وتدل الظروف والملايسات في هذه الحالة على أن الموهوب له إما أن يكون مشتركاً في الغلط ، وإما أن يكون عالماً به أو مستطيعاً أن يعلمه . فيحق للواهب ، حتى لو لم يكن يملك الرجوع في الهبة ، أن يطلب إبطالها للغلط فيما يتعلق بالسهم الذي ربح الجائزة . على أنه يجوز للموهوب له في هذه الحالة أن ينزل عن الجائزة ويستبقى السهم الموهوب ، وذلك تطبيقاً للمادة ١٢٤ مدني وهي تنص على أنه ١ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد^(٢) .

ومثل الغلط الجوهري في الباعث الذي دفع الواهب إلى الهبة أن يهب

(١) على أنه يجب أن يكون الغلط في شخصية الموهوب له أو في صفة فيه غلطاً جوهرياً دفع إلى التعاقد ، وإلا كان الغلط غير مؤثر في صحة الهبة . فإذا تبرع الابن لأبيه بإيراد مرتب طول حياة الأب على أن يستمر الإيراد بعد تخفيضه مرتباً على حياة امرأة كانت تماثر الأب بعد موت هذا ، وكان الابن يظن أن المرأة هي زوجة أبيه ، ثم تبين أنها ليست زوجة بل عشيرة ، فإن هذا الغلط ليس جوهرياً ولا يكون من شأنه أن يجعل الهبة قابلة للإبطال (حكمة القاهرة الكلية المختلطة ١٤ يناير سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ رقم ٢٨ ص ٢٢) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٧٨ .

شخص آخر مالا وهو مريض ويعتقد أنه في مرض الموت ، ثم يشفى من مرضه . فيجوز له ، ولولم يكن يستطيع الرجوع في الهبة ، أن يطلب إبطالها للغلط في الباعث ؛ إذا كان الموهوب له مشتركاً معه في الغلط أو كان عالماً به أو يستطيع أن يعلمه . والباعث في الهبة له شأن أكبر مما له في المعاوضات ، فيجب أن يكون باعثاً مشروعاً وإلا بطلت الهبة لعدم مشروعية السبب كما سنرى ، ويجب أن يكون غير مغلوط وإلا كانت الهبة قابلة للإبطال كما رأينا .

والنلظ في القانون كالغلط في الواقع يجعل الهبة قابلة للإبطال ، وفقاً للقواعد المقررة في نظرية الغلط^(١) .

٧١ - التدليس في هبة الرهبة : ويجوز طلب إبطال الهبة للتدليس

طبقاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد . وأكثر ما يقع التدليس على الواهب ، ويقع من الموهوب له أو باشتراكه مع أجنبي . فإذا كان التدليس هو الذى دفع الواهب إلى هبة ماله ، جاز له طلب إبطال الهبة ، حتى لو لم يكن يملك الرجوع فيها .

والتدليس أشد تأثيراً في الهبة منه في عقود المعاوضة ، فأى طريق من الطرق الاحتمالية يدفع الواهب إلى الهبة يكفى لإفساد رضائه ، حتى لو كان هذا الطريق مجرد الكذب أو محض الكتمان . فإذا أوغر الموهوب له صدر الواهب على ورثته بأكاذيب يختلفها ، فدفعه بذلك إلى أن يهب له شيئاً من ماله ليحرم منه الورثة ، كان هذا تدليساً يجرى للواهب ، حتى لو لم يكن يستطيع الرجوع في الهبة ، أن يطلب إبطالها للتدليس . وكذلك إذا كتم الموهوب له عن الواهب أموراً لو علمها لما اندفع إلى الهبة ، كان هذا تدليساً يجرى طلب إبطال الهبة .

وإذا صدر التدليس من غير الموهوب له ، فللواهب أن يطلب إبطال الهبة إذا كان الموهوب له يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا التدليس (م ١٢٦ مدني)^(١) .

٧٢ - الإكراه في عقد الهبة : والإكراه يفسد رضا الواهب ، ويجعل الهبة قابلة للإبطال^(٢) . وأكثر ما يكون الإكراه في الهبة عن طريق التأثير في نفس الواهب بنفوذ أدبي يكون للموهوب له عليه ، فيؤثر في إرادته ويحمله على التجرد من ماله لمصلحته . ويقع هذا عادة من الزوج على الزوجة ، ومن رجل الدين على المتدين ، ومن الرئيس على المروؤوس^(٣) .

(١) ويبدو أن الواهب يستطيع أيضاً أن يطلب إبطال الهبة ، حتى لو كان الموهوب له لا يعلم بالتدليس ولا يستطيع أن يعلم به . ذلك أن الهبة تبرع يجب أن تكون إرادة الواهب فيه خالصة لا يشوبها عيب ، وإبطال الهبة في هذه الحالة لا يحمل الموهوب له خسارة ، بل يقتصر على تفويته كسباً (انظر في هذا المعنى ديمولومب في الهبة ١ فقرة ٣٨٣ - لوران ١١ فقرة ١٣١ - فقرة ١٣٢ - بودري وكولان ١٠ فقرة ٢٦٧) . ولم نقل مثل ذلك الغلط ، بل اشترطنا اشتراك الموهوب له فيه أو علمه به أو استطاعته العلم ، لأن الغلط أمر نفسي غنى لا تدل عليه علاقة ظاهرة ، بخلاف التدليس فيغلب أن تدل عليه علامة ظاهرة هي طرق الاحتيال التي يلجأ إليها المدلس .

(٢) حتى لو صدر الإكراه من الغير ، وحتى لو كان الموهوب له لا يعلم بالإكراه ولا يستطيع أن يعلم به ، لنفس الأسباب التي ذكرناها في التدليس الصادر من الغير ، فإن إرادة الواهب يجب أن تكون خالصة مختارة ، فإذا شابها الإكراه وأبطلت الهبة لم يتحمل الموهوب له خسارة وإنما فاته كسب . وللاكراه علامة مادية ظاهرة تدل عليه ، كما هو الأمر في التدليس .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن المورثة التي تنقض ما أبرمت من تصرفات سابقة بالبيع والوصية ، وتتجرد تجرداً يكاد يكون تاماً من غير مقابل لفائدة رئيس ديني استعمل نفوذه لإبعادها عن أقاربها إبعاداً تاماً ، وأحاطها بنحوصها الألداء ، وجعلها تنزل من دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفعتها عليهم ، وتعطى لأحدهم توكيلاً عنها ، تدل هذه للتصرفات والإجراءات المتناقضة على أنها كانت ضعيفة الإرادة مسلوقة الرضاء واقعة تحت تأثير الرئيس الديني الذي تسلط عليها تسلطاً جعلها تنقاد لإرادته ، وتنصرف وفقاً لما يعلم عليها ، وتسير في الطريق الذي رسمها . فالوقفية التي تصدرها في هذه الظروف عن أطيان =

وكما أن النفوذ الأدبي إذا قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع يعد إكراها ، كذلك العطف والحنو إذا استغل لا يتراز المال من الواهب يعد إكراها . وفي هذه الحالة تطبق قواعد الاستهواء والتسلط على الإرادة والاستغواء (suggestion, captation et séduction) . والفرق بين النفوذ الأدبي من جهة والاستهواء والتسلط على الإرادة من جهة أخرى أن النفوذ الأدبي يفرض فيه أن شخصاً مقامه كبير في عين المتصرف ، كأب أو رئيس أو معلم ، استعمل نفوذه الأدبي . أما الاستهواء والتسلط فلا يشترط فيهما أن الشخص المتسلط على إرادة الواهب له مقام كبير ، فقد يكون زوجة أو ولداً للواهب . ويحسن في التقنين المدني الجديد ، بعد أن أورد نصاً عاماً في نظرية الاستغلال ، إدماج نظرية الاستهواء والتسلط في نظرية الاستغلال واعتبارهما نظرية واحدة^(١) . وننتقل الآن إلى الاستغلال في عقد الهبة .

٧٣ - الاستغلال في عقد الهبة : وأبرز عيوب الإرادة في عقد الهبة

هو الاستغلال ، فكثيراً ما يستغل الموهوب له في الواهب طيشاً بيئاً أو هوى جامعاً . مثل ذلك أن يتزوج شيخ من فتاة ، فيقع تحت سلطانها وتستغل ضعفه وهواه ، وتستكتبه من الهبات المسترة لنفسها ولأولادها ما تشاء .

= سبق لها الإيصاء بها لبعض أقاربها ، والتي تقيم فيها ذلك الرئيس الديني ناظراً وتفوض له التصرف في الريع على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسيب ، تكون قابلة للإبطال للإكراه (استئناف أسيوط ٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٧٧ ص ٨٦١) .

ويشبه هذا ما هو معروف في القانون الإنجليزي بالتأثير غير المشروع (Undue influence) وفيه يسيء الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأدبي عليه ، فتى وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين شخصين ، كأب وابن أو كطبيب ومريض أو كحام وعميله أو كرئيس ديني ورجل مدين . واستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقة لإكراه الشخص الآخر على إيصاء عقد ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال (بولوك في العقد ص ٦٤٨ - ص ٦٨٩ - كارثر في العقد ص ٨٥ - ص ٨٧) .

(١) انوسيط جزء أول ص ٢٦٦ هامش رقم ١ .

وعلى العكس من ذلك قد تزوج امرأة ثرية من زوج شاب ، فيستغلها
ويبتز أموالها عن طريق الهبات المسترة . وقد يلقي الطيش والزق بشاب
ثرى في أيدي بطانة من سوء ، يستغلون طيشه ويبتزون ماله . كل هذه
أمثلة تدل على ما قد يكون للاستغلال من أثر كبير في إرادة
الواهب ، فيعيبها .

وإذا تحقق الاستغلال على الوجه الذى بيناه ، كان للواهب ، حتى لو لم
يكن له حق الرجوع في الهبة ، إحدى دعويين : دعوى الإبطال أو دعوى
الإنقاص . فإذا اختار دعوى الإبطال ، جاز للقاضى أن يجيبه إلى طلبه
فيبطل الهبة إذا رأى أن الواهب لم يكن لهب أصلاً لولا هذا الاستغلال .
أما إذا رأى أن الاستغلال لم يفسد إرادة الواهب إلى هذا الحد ، وأن
الواهب كان يهب دون استغلال بعض المال الموهوب ، اقتصر على إنقاص
الهبة إلى هذا القدر . ويجوز للموهوب له أن يعرض من تلقاء نفسه إنقاص
الهبة على هذا النحو ، فيتوفى بذلك بإبطال الهبة كلها . وإذا اختار الواهب
دعى الإنقاص منذ البداية ، لم يحز للقاضى أن يبطل الهبة ، وإلا اعتبر أنه
قد قضى للخصم بأكثر مما يطلب ، واقتصر على إنقاص الهبة إلى الحد الذى
يكتفى معه أثر الاستغلال .

الفرع الثانى

الحل فى عقد الهبة

٧٤ - الشئ الموهوب والمعرض : الأصل فى الهبة أن تكون عقداً

ملزماً لجانب واحد هو جانب الواهب ، فيلتزم وحده ومحل التزامه هو
الشئ الموهوب . ولكن يجوز أن يشترط الواهب فى الهبة عوضاً
أو التزامات أخرى فى جانب الموهوب ، فتكون الهبة كالبيع ملزمة
للجانبين ، ويكون محل التزام الموهوب له هو هذا العوض المشترط .

فالهبة إذن يكون لها دائماً محل هو الشيء الموهوب ، وقد يكون لها محل آخر هو العوض . فتستعرض في إيجاز كلا من المحلين : الشيء الموهوب والعوض .

المبحث الأول

الشيء الموهوب

٧٥ - **نظير القواعد العامة :** يسرى على الشيء الموهوب ما يسرى على محل العقد بوجه عام . فيجب أن يكون موجوداً ، معيناً أو قابلاً للتعين ، صالحاً للتعامل فيه^(١) ، مملوكاً للواهب^(٢) .

ووجود الشيء الموهوب تسرى فيه القواعد العامة ، إلا أنه خلافاً لهذه القواعد لا تجوز هبة الأموال غير الموجودة وقت الهبة ، فهبة الأموال المستقبلية باطلة .

وكون الشيء الموهوب معيناً أو قابلاً للتعين تسرى فيه أيضاً القواعد العامة .

كذلك كون الشيء الموهوب صالحاً للتعامل فيه ، وبخاصة غير مخالف للنظام العام أو الآداب ، تسرى فيه القواعد العامة ، فلا جديد في خصوص الهبة .

(١) وتصح هبة جميع أنواع الأموال والحقوق العينية التي عليها ، كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق . وقد نصت المادة ٥١٤ من تفنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد على أنه « يجوز للواهب أن يهب رقبة الملك لشخص وحق استئجاره لشخص أو عدة أشخاص آخرين ، كما يمكنه أن يحفظ لنفسه حق الاستئجار » . ولا تجوز هبة المباحة لأنها تصبح وفقاً بطبيعتها (مصر استثنائي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ١٥٨) .

(٢) وقد نصت المادة ٦٦٥ من المشروع التمهيدي للتفنين المدني الجديد في الفقرة الأولى منها على أنه « يجب لصحة الهبة أن يكون الواهب مالكا للآل الموهوب، وأن يكون أهلا للتبرع » . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ في الهامش) .

أما أن الواهب يجب أن يكون مالكا للشيء الموهوب ، فيتفرع عنه ، كما تفرع في البيع ، الكلام فيما يأتي : هبة ملك الغير ، وهبة المال الشائع ، وهبة المريض مرض الموت .

فنتعرض إذن في إيجاز المسائل الأربع الآتية : (١) هبة الأموال المستقبلية (٢) هبة ملك الغير (٣) هبة المال الشائع (٤) هبة المريض مرض الموت .

المطلب الأول

هبة الأموال المستقبلية

٧٦ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٩٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة »^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٦٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة ، إلا إذا وردت على شيء معين بالذات فيسرى عليها نص المادة ٦٣٢ وما يليها » . ووافقت لجنة المراجعة على هذا النص تحت رقم ٥١٩ من المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت العبارة الأخيرة . وقد جاء في تقرير اللجنة تعليلا لهذا الحذف ما يأتي : « لأن المال المستقبل هرمال غير موجود وقت الهبة وسيوجد بعدها ، أما المال الموجود وقت الهبة فملوكا لغير الواهب فالهبة فيه هي هبة ملك الغير لاهبة المال المستقبل . وعلى أساس هذا التمييز ما بين هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير لم يعد هناك محل للاستثناء الوارد في هذه المادة ، لأن الهبة التي ترد على شيء معين بالذات غير ملوك للواهب لا يمكن أن تكون هبة مال مستقبل ، بل تتمحرف هبة ملك الغير وحكمها وارد في المادة ٥١٨ ، فلا معنى لإيرادها ثانية في المادة ٥١٩ على صورة استثناء ، لأن ملك الغير لا يدخل في المال المستقبل حتى يصح استثناءه منه » . ووافق مجلس النواب على المادة كما أقرتها لجنته ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٧ و ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣) .

معمولا به دون نص ، أخذنا بالقواعد الموضوعية للهبة في الفقه الإسلامي^(١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٦٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٨١ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٦٠٩ / ١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٥١٣^(٢) .

٧٧ - الأصل جواز التعامل في المال المستقبل : قدمنا في النظرية العامة للعقد^(٣) أنه يجوز التعامل في المال المستقبل ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ مدني صراحة على ذلك إذ تقول : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا » . فيجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تنبت ، ويجوز أن يبيع شخص من آخر منزلا لم يبدأ ببناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء ، ويجوز أن يبيع شخص نتاج ماشية قبل وجودها ، وكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته

(١) ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٦٥ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٤٦٠ (مطابقة) .

التقنين المدني الليبي م ٤٨١ : تقع حبة الأموال المستقبلية باطلة ، ما عدا حبة الثمار التي لم تجن بعد . (وهذا موافق لحكم التقنين المصري ، لأن الثمار التي نبتت ولم تجن تعتبر مالا موجوداً في الحال لا مالا مستقبلاً) .

التقنين المدني العراقي م ١/٦٠٩ : يشترط وجود الموهوب وقت الحبة ، ويلزم أن يكون مميئناً مملوكاً للواهب . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٩ - فقرة ٢٣) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٥١٣ : لا يجوز في حال من الأحوال أن تشمل الحبة أموال الواهب المستقبلية ، أي الأموال التي لا يكون له حق التصرف فيها وقت الحبة . (ويبدو أن النص يتناول حبة المال المستقبل وحبة ملك الغير) .

(٣) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٢١٦ .

دون أن يكون قد بدأ صنعها ، وأن يبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يبدأ كتابته ، وأن ينزل مقال عن الأجر في مقالة لم ترس عليه بعد .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل ، كما فعل في تحريم التعامل في التركة المستقبلية (م ١٣١ / ٢ مدني) ، وفي رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م ١٠٣٣ / ٢ مدني) ، أو رهناً حيازياً (م ١٠٩٨) . وهو هنا يحرم هبة المال المستقبل (م ٤٩٢ مدني السالفة الذكر) .

٧٨ - بطوره هبة المال المستقبل : وهنا يجب التمييز بين المال الحاضر والمال المستقبل ، إذ أن هبة المال الحاضر جائزة بخلاف هبة المال المستقبل فهي باطلة .

إذا وهب شخص شيئاً غير معين بالذات ، كمائة أردب من القمح ، فهذا مال حاضر وتصح هبته ، لأن الهبة هنا تتم عن طريق التزام الواهب بحق شخصي يربته في ذمته ، وقد رأينا أن الهبة على هذا النحو جائزة . ويتفرع على ذلك أنه يجوز أن يهب شخص آخر مبلغاً من النقود عن طريق التزامه بهذا المبلغ ، بل يجوز في هذه الحالة أن يحدد موت الواهب أجلاً لدفع النقود ، فما دام الالتزام قد انعقد وأصبح مترتباً في ذمة الواهب فالهبة جائزة ، وليس الموت إلا أجلاً غير محقق يوفى عنده الالتزام ، فالالتزام ذاته محقق والأجل هو غير المحقق^(١) . وإذا وهب شخص شيئاً مملوكاً له تحت شرط فاسخ ، فهذه هبة مال حاضر ، وهي هبة جائزة . ويملك الموهوب له الشيء معلقاً على هذا الشرط ، فإذا تحقق الشرط زالت ملكية الواهب ،

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٢٢ هامش رقم ٥ - بلانيول وريبير وترانسويه فقرة ٤٤٢ - بيدان ٦ فقرة ٣٥ - بلانيول وريبير وبولانچيه ٣ فقرة ٣٥٧٣ - كولان وكابيتان ودي نيمور انديير ٣ فقرة ١٦٥٣ .

ومن ثم تزول ملكية الموهوب له تبعاً لزوال ملكية الواهب . أما إذا تخلف الشرط ، فقد أصبحت ملكية الواهب بآنة ، وأصبحت بآنة كذلك ملكية الموهوب . كذلك إذا وهب شخص شيئاً مملوكاً له تحت شرط واقف ، فإنه يكون قد وهب حقه المعلق على هذا الشرط وهو مال حاضر ، فتكون الهبة جائزة . ويملك الموهوب له الشيء معلقاً على الشرط الواقف ، فإذا تحقّق الشرط نفذت ملكيته ، وإذا تخلف بطلت الملكية .

أما المال المستقبل فهو المال غير الموجود وقت الهبة . ومن ثم لا تصح هبة محصولات لم تنبت ، أو منزل لم يتم بناؤه . أو ربح أسهم أو سندات لم تحل (١) . كذلك هبة التركة المستقبلية لا تجوز ، لا تطبيقاً للمادة ٤٩٢ مدني فحسب ، بل أيضاً تطبيقاً لنص أعم يحرم التعامل إطلاقاً ، بأهبة أو بغيرها ، في التركة المستقبلية (م ١٣١ / ٢ مدني) .

وهبة المال المستقبل باطلة بطلاناً مطلقاً . لا تلحقها الإجازة ، ولا يرد عليها التقادم ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه . والسبب في ذلك يرجع إلى ما تنطوي عليه هبة المال المستقبل من خطر ، فإن الواهب يندفع إلى هبة مال مستقبل أكثر مما يندفع إلى هبة مال حاضر ، فأراد المشرع أن يحمي من هذا الاندفاع بإبطال هبته (٢) .

(١) وإن كان الفقه الفرنسي يتوسع في تفسير معنى المال الحاضر ، فيعتبر الهبة في هذه الأحوال هبة مال حاضر ويجوزها ، لأن المال الموهوب وإن كان لم يوجد إلا أن الواهب يملكه بمجرد وجوده فهو على حكم ملكه (انظر في هذا المعنى أوبري ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٧٥ ص ٦٢٢ - وانظر المادة ٩٤٣ مدني فرنسي وتحرم هي أيضاً هبة المال المستقبل) .

(٢) هذا والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تشير إلى أن بطلان هبة المال المستقبل فطريق لأحكام الشريعة الإسلامية في مبدأها العام الذي يقضى بعدم جواز التعامل في المعلوم ، ولكن قصر التطبيق هنا على الهبة دون المعاوضات حيث أجاز التعامل في الشيء المستقبل لإزالة

وإذا وهب الشخص مالا حاضراً ومالا مستقبلاً في وقت واحد لشخص واحد ، وكانت الهبة قابلة للتجزئة ، صحت في المال الحاضر وبطلت في المال المستقبل ، طبقاً للقواعد المقررة في إنقاص العقد . ووفقاً للمادة ١٤٣ مدني إذ تقول : « إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله ^(١) » .

٧٩ - التمييز بين المال المستقبل والملك الغير : ولما كانت هبة المال المستقبل باطلة كما رأينا ، وكانت هبة ملك الغير قابلة للإبطال كما سئرى ، فاختلف الحكم في الحالتين . وجب التمييز بين المال المستقبل وملك الغير حتى يجعل لكل حالة حكمها ^(٢) .

المال المستقبل هو مال غير موجود وقت الهبة ، ولكنه يوجد في

== العوائق عن التعامل العادي (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٦٠) - انظر الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١٣٤ - وقارن الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٧٢ .

هذا ويجوز تحول هبة المال المستقبل الباطلة إلى وعد بالهبة ملزم ، يجوز الرجوع فيه كما يجوز الرجوع في الهبة (الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٧٢) .

(١) انظر في هذا المعنى أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٧٥ ص ٦٢٤ - فإذا باع شخص لآخر داره وما فيها من أثاث وما سيوجد من الأثاث إلى يوم موته ، وتبين أن العقد هبة مستترة في صورة بيع وأنها تقع على مال حاضر ومال مستقبل ، صحت الهبة في المال الحاضر وهو الدار وما يوجد فيها وقت الهبة من الأثاث ، وبطلت في المال المستقبل وهو الأثاث الذي سيوجد فيما بعد إلى يوم موت الواهب (أنسيكلوبيدي داللوز ٢ لفظ **donation** فقرة ١١٧) .

(٢) وسئرى أن الفقه الإسلامي والتقنين العراقي والتقنين اللبناني لا يميز بين هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير ، ففي الحالتين الهبة باطلة بطلاناً مطلقاً . وكذلك فعل التقنين الفرنسي ، ففيه هبة ملك الغير باطلة بطلاناً مطلقاً كهبة المال المستقبل ، ويستخلص بطلان هبة ملك الغير من نص المادة ٨٩٤ مدني فرنسي وهي توجب أن يتجرد الواهب في الحال وبطريق لا رجوع فيه من ملكية الشيء الموهوب **(le donateur se dépossède actuellement et irrévocablement de la chose donnée)** فلزم إذن أن يكون الواهب مالكاً للشيء الموهوب وقت الهبة (أوبرى ورو وإسمان ١٠ فقرة ٦٧٥ هامش رقم ١٠) .

المستقبل . وقد يكون محقق الوجود كالمحصلات التي لم تنبت ، أو محتمل الوجود كنتاج المواشي . أما ملك الغير فهو مال معين بالذات موجود وقت الهبة ، ولكنه غير مملوك للواهب . وقد سبق تحديد ملك الغير عند الكلام في بيع ملك الغير وفي تحديد منطقة هذا البيع ^(١) .

وقد ورد في هذا الصدد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد : « أما هبة مال معين موجود وقت الهبة وغير مملوك للواهب فهو هبة ملك الغير » ^(٢) . وجاء في تقرير لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب عند نظر النص الخاص بتحريم هبة المال المستقبل ، وكان يجرى على الوجه الآتي : « تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة ، إلا إذا وردت على شيء معين بالذات ، فيسرى عليها نص المادة ٢٦٢ وما يليها » - أي يسرى عليها حكم بيع الغير - ما يأتي : « حذفت اللجنة العبارة الأخيرة من المادة وهي : إلا إذا وردت على شيء معين بالذات الخ ، لأن المال المستقبل هو مال غير موجود وقت الهبة وسيوجد بعدها . أما المال الموجود وقت الهبة مملوكا لغير الواهب ، فالهبة فيه هي هبة ملك الغير لا هبة المال المستقبل . وعلى أساس هذا التمييز ما بين هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير ، لم يعد هناك محل للاستثناء الوارد في هذه المادة ، لأن الهبة التي ترد على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب لا يمكن أن تكون هبة مال مستقبل ، بل تتمحض هبة ملك الغير ، وحكمها وارد في المادة ٥١٨ (من المشروع) ، فلا معنى لإيراده ثانية في المادة ٥١٩ (من المشروع) على صورة استثناء ، ولأن ملك الغير لا يدخل في المال المستقبل حتى يصح استثناءه منه » ^(٣) .

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٠ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٣ - وانظر أيضاً فقر ٧٦٠ في الماخذ .

المطلب الثاني

هبة ملاك الغير

٨٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٩١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب ، سرت عليها أحكام المادتين ٤٦٦ و ٤٦٧ »^(١) .
ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق^(٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٥٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٨٠ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٦٠٩ / ١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني في المادة ٥١٣^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٦٦ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية جعلته مطابقاً ، وصار رقمه ٥١٨ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧) .

(٢) وَالظَّاهِرُ أن أحكام الفقه الإسلامى هى التى كانت تطبق في هبة ملك الغير في عهد التقنين المدني السابق ، لأن هذه المسألة تعتبر من المسائل الموضوعية في الهبة . وهبة ملك الغير في الفقه الحنفى لا تجوز بغير إذن المالك . جاء في البدائع (جزء ٦ ص ١١٩) : « فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك » . والعبرة بتاريخ صدور الهبة ، فإن صدرت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام الفقه الإسلامى هى التى تسرى ، وإلا فأحكام التقنين المدني الجديد .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٥٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٨٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/٦٠٩ : يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ، ويلزم أن يكون معيناً مملوكاً للواهب . (ويجعل التقنين العراقي الحكم واحداً في هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير) . =

٨١ - حكم هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين : هبة ملك الغير فيما بين

المتعاقدين قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له ، فقد صرحت المادة ٤٩١ مدني السالفة الذكر بأن أحكام بيع ملك الغير تسري على هبة ملك الغير ، ومن أحكام بيع ملك الغير كما رأينا^(١) أنه قابل للإبطال لمصلحة المشتري . فللموهوب له وحده أن يطلب إبطال الهبة ، حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي ، كما يستطيع المشتري ذلك في ملك الغير . ويكون للموهوب له مصلحة في إبطال الهبة إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بالتزامات فرضت عليه ، فيطلب إبطال الهبة في هذه الحالة حتى يتخلص من دفع العوض أو من القيام بهذه الالتزامات . ويجوز للموهوب له أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب إبطال الهبة إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء أن الشيء الموهوب مملوك للغير أو كانت الهبة بعوض ، وفي الحالة الأولى يستحق الموهوب له تعويضاً عادلاً ، وفي الحالة الثانية يرجع بما أداه من عوض ، وكل ذلك قياساً على ضمان الواهب للاستحقاق وسنبينه فيما يلي^(٢) . ولم نطبق أحكام بيع ملك الغير في هذه المسألة ، وهي مذكورة في المادة ٤٦٨ مدني ، لأن المادة ٤٩١ مدني لم تحل عليها^(٣) .

= تقنين الموجبات والعقود البناني م ٥١٣ : لا يجوز في حال من الأحوال أن تشمل الهبة أموال الواهب المستقبلية ، أي الأموال التي لا يكون له حق التصرف فيها وقت الهبة . (ويبدو أن التقنين البناني يحمل الحكم واحداً في هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير ، على غرار التقنين الفرنسي) .

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦١ وما بعدها .

(٢) انظر ما يلي فقرة ١١١ .

(٣) ويذهب الأستاذ محمود جمال الدين زكي (فقرة ٦٩ ص ١٤٣) إلى تطبيق المادة ٤٦٧ مدني فلا يكون الواهب مسئولاً عن التعويض إلا إذا كان مسمى النية أوارتكب خطأً جسيماً . ويرى الأستاذ أكرم الخولي (فقرة ٧١ ص ١٠٦) أن المسؤولية هنا لا تنشأ عن عقد الهبة بعد إبطاله ويذهب إلى وجوب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية .

أما الواهب فلا يجوز له إبطال الهبة الصادرة منه ، لأن الهبة ليست باطلة بطلاناً مطلقاً كما في هبة المال المستقبل ، بل هي قابلة للإبطال أصلحها الموهوب له وحده .

وللموهوب له أن يحجز الهبة ، فتقلب صحيحة ، ولكن ذلك لا يعنى أنها تنقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له لأن المالك الحقيقي لم يحجز الهبة وهو أجنبي عنها ، فلا تنتقل الملكية منه إلا برضائه .

وكذلك تنقلب الهبة صحيحة إذا آلت ملكية الموهوب إلى الواهب بعد صدور الهبة (انظر المادة ٤٦٧ مدنى فى بيع ملك الغير) ، وفى هذه الحالة تنتقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له .

وتسرى سائر أحكام بيع ملك الغير على هبة ملك الغير فى جميع ما قدمناه من مسائل (١) .

وهبة ملك الغير قابلة للإبطال بموجب نص خاص هو المادة ٤٩١ مدنى ، على النحو الذى قررناه فى بيع ملك الغير (٢) . كما أن هبة عقار الغير تكون قابلة للإبطال قبل التسجيل وبعده ، على النحو الذى رأيناه فى بيع عقار الغير (٣) .

٨٢ - حكم هبة ملك الغير بالنسبة إلى المالك الحقيقى : وإذا لم يقر

المالك الحقيقى الهبة ، فواء أجاز الموهوب له الهبة أو لم يحجزها ، فإن المالك الحقيقى أجنبي عن الهبة فلا تسرى فى حقه . ومن ثم يبقى مالكا للموهوب ، ولا تنتقل منه الملكية إلى الموهوب له حتى لو انقلبت الهبة صحيحة بإجازة الموهوب له . ويترتب على ذلك أن المالك الحقيقى يستطيع أن

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦١ - فقرة ١٦٤ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٨ .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٩ .

يرجع على الموهوب له بدعوى الاستحقاق وأن يرجع على الواهب بالتعويض ، على النحو الذى رأيناه فى رجوع المالك الحقيقى فى بيع ملك الغير على المشترى وعلى البائع^(١) .

وقد يقر المالك الحقيقى الهبة ، وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل ملكية الموهوب منه إلى الموهوب له ، إذ زال العائق الذى كان يحول دون نقل الملكية . ولذلك يجب تسجيل هذا الإقرار فى هبة العقار حتى تنتقل الملكية إلى الموهوب له . وحتى انتقلت الملكية إلى الموهوب له ، زال السبب الذى من أجله جعل المشرع هبة ملك الغير قابلة للإبطال ، فانقلبت الهبة صحيحة بإقرار المالك الحقيقى^(٢) . وتنقلب الهبة صحيحة من وقت صدورها ، ولكن الملكية لا تنتقل إلى الموهوب له إلا من وقت الإقرار ، ويجرى كل هذا على الوجه الذى رأيناه فى إقرار المالك الحقيقى ببيع ملك الغير^(٣) .

ولعل جواز إقرار المالك الحقيقى للهبة ، وانقلابها صحيحة بهذا الإقرار من وقت صدورها ، وانتقال ملكية الموهوب إلى الموهوب له ، دون حاجة فى كل ذلك إلى عمل الهبة من جديد ، هو الذى سوغ للمشرع أن يجعل هبة ملك الغير قابلة للإبطال ، ولم يجعلها باطلة كما جعل هبة المال المستقبل^(٤) .

المطلب الثالث

هبة المشاع

٨٢ - هبة المشاع جائزة : وتسرى على هبة جزء شائع فى شئ معين

(١) انظر فى تفصيل هذا الوسيط ٤ فقرة ١٦٥ .

(٢) انظر فى بيع ملك الغير المادة ١/٤٦٧ مدنى .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦٦ .

(٤) انظر ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هبة ملك الغير

(مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٩) .

بالذات ، كهيئة نصف الدار في الشيوع ، القواعد العامة في التصرف في المال الشائع . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ مدني في هذا الصدد على أن « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها ، وأن يستولي على ثمارها ، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » . فيجوز إذن للمالك في الشيوع أن يتصرف في ماله الشائع بالبيع والهبة وسائر التصرفات ، ومن ثم تكون هبة المال الشائع جائزة . والفقه الإسلامي في المذهب الحنفي على خلاف ذلك ، فهبة المشاع في الفقه الحنفي « لا تجوز »^(١) . ولكن هذا الحكم لم ينقله التقنين المدني الجديد في الأحكام

(١) وقد جاء في البدائع في هذا الصدد : « فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم ، وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدن ونحوها . وهذا عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط ، وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده . . . ولنا . . . أن القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض ، لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض ، والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور . . . وهكذا نقول في المشاع الذي لا يقسم إن معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا ، إلا أن هناك ضرورة لأنه يحتاج إلى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشياح مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل إلى إزالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة ، فست الضرورة إلى الجواز وإقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف ، ولا ضرورة هنا لأن الحل محتمل للقسمة فيمكن إزالة المانع من القبض الممكن بالقسمة . . . ولأن الهبة عقد تبرع ، فلو صحت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان ، لأن الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي إلى تغيير المشروع . ولهذا توقف الملك في الهبة على القبض ، لما أنه لو ملكه بنفس العقد ثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم . فيؤدي إلى إيجاب الضمان في عقد التبرع ، وفيه تغيير المشروع ، كذا هذا . بخلاف مشاع لا يحسم القسمة ، لأن هناك لا يتصور إيجاب الضمان على المتبرع ، لأن الضمان ضمان القسمة والحل لا يحتمل القسمة ، فهو الفرق . . . ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه إلى الموهوب له جاز ، لأن هبة المشاع عندنا منمقد موقوف نفاذه على القسمة » (البدائع ٦ ص ١١٩ - ص ١٢١) . انظر أيضاً المواد ٥٠٥ و ٥٠٦ و ٥٠٩ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا .

فهبة الحصة الشائعة في عين لا تقبل القسمة وتسليمها شائعة صحيح نافذ ، وتم الهبة بهذا القبض . أما هبة حصة شائعة في عين تقبل القسمة ، فعند مالك والشافعي وأحمد أن ذلك جائز ، وقبض الحصة شائعة قبض صحيح يتم به الملك . وفي المذهب الحنفي أن الهبة تنمقد موقوفاً نفاذها =

الموضوعية للهبة ، فيبقى على أصله في القواعد العامة لهذا التقنين ، وقد رأينا هذه تجيز هبة المشاع^(١) .

٨٤ - هبة الحصّة الشائعة في مال الشبوع : فإذا وهب المالك في الشبوع حصته الشائعة أو بعض هذه الحصّة ، وهى فى حالة الشبوع ، انتقل ما وهبه شائعاً إلى الموهوب له فى حالة الشبوع التى كانت عليها الحصّة وهى فى ملك الواهب . فمن يهب مثلاً ثلث الدار شائعاً ينقل ملكية هذا الثلث فى الشبوع للموهوب له ، ويصبح هذا خلفاً خاصاً للواهب، ويحل محلّه فى الثلث الشائع ، فيصير مالكا لثلث الدار فى الشبوع مع الملاك الشائعين الآخرين .

٨٥ - هبة جزء مفرز من المال الشائع : ولكن قد يهب المالك الشبوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع . مثل ذلك أن يهب المالك لثلث الأرض فى الشبوع جزءاً مفرزاً من هذه الأرض الشائعة يعدل ثلثها . وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى نصاً عاماً يشمل جميع التصرفات التى تقع

= على القسمة (الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٦٢٢ - ص ٦٢٤) .

وانظر : محكمة استئناف مصر ٣ ديسمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٩ ص ٧٥٢ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٥ ص ٢١٠ - وقارن : استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٤ ص ٢١١ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢ .

(١) ويؤكد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولم يعرض المشروع لهبة المال الشائع مكتفياً باستخلاص حكمه من أقواعد العامة ، وقد تتعارض هذه المسألة مع أحكام الشريعة الإسلامية : انظر مرشد الخيران م ٨١ ، وقارن الأحوال الشخصية م ٥٠٥ - ٥٠٧ و ٢٠٩ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٠ - ص ٢٦١) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٦٠٩ من التقنين المدنى العراقى صراحة على جواز هبة المشاع ، إذ تقول : « وتجوز هبة المشاع » . انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٤ - فقرة ٢٥ .

على جزء مفرز من المال الشائع ، سواء كان التصرف بيعاً أو هبة أو غير ذلك ، وهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان بجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف » .

وقد سبق أن أجرينا حكم هذا النص على بيع جزء مفرز من المال الشائع ، وحكم الهبة كحكم البيع ، فنحيل إلى ما قدمناه هناك^(١) .

ونكتفى هنا بالإشارة إلى أنه إذا وهب المالك فى الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ، فإنه يكون قد وهب ما يملك وما لا يملك ، ويجب التمييز بين حالتين : فإما أن يكون الموهوب له عالماً بأن الواهب لا يملك الجزء المفرز الذى يهبه وإنما يملك فيه حصة على الشيوع ، وإما أن يكون غير عالم بذلك . ففي الحالة الأولى يكون المفروض أن الموهوب له قد قبل هبة الجزء المفرز أو ما يحل محله مما يقع فى نصيب الواهب عند القسمة . فإذا لم يقع الموهوب فى نصيب الواهب عند القسمة ، ووقع بدله جزء آخر ، تحول حق الموهوب له بحكم الحلول العينية إلى الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الواهب ، طبقاً للأحكام الواردة فى المادة ٨٢٦ مدنى المتقدمة الذكر . وفى الحالة الثانية إذا كان الموهوب له بجهل أن الواهب إنما يملك فى الشيوع . فقد وقع فى غلط جوهرى ، وتكون الهبة قابلة للإبطال ، وتظهر مصلحة الموهوب له فى إبطال الهبة إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بشروط أو التزامات . ولكن إذا حصلت القسمة قبل أن يطلب المشتري إبطال البيع ، فوقع الجزء المفرز فى نصيب الواهب ، فإن

الهبة تنقلب صحيحة على النحو الذي قدمناه في البيع^(١) .
وحكم هذه الهبة بالنسبة إلى سائر الشركاء في الشيوع هو نفس الحكم
الذي قررناه في البيع^(٢) .

المطلب الرابع

هبة المريض مرض الموت

٨٦ - هبة المريض مرض الموت ~~هكها~~ **حكم الوصية** : وإذا صدرت
الهبة من الواهب وهو في مرض موته ، فإن لهبته حكم الوصية ، وفقاً
للقواعد العامة الواردة في المادة ٩١٦ مدني . وقد كان المشروع التمهيدى
للتقنين الملئ الجديد يشتمل على نص صريح في هذا المعنى ، هو نص
الفقرة الثانية من المادة ٦٦٥ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه
الآتي : « تسرى على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية » . وقد حذف
هذا النص في لجنة المراجعة : اكتفاء بالمادة ٩١٦ مدني السالف
الإشارة إليها^(٣) .

وقد سبق أن بينا ما هو المقصود بمرض الموت ، وسبب تقييد التصرف
في هذا المرض ، عند الكلام في البيع . فنحيل إلى ما قدمناه هناك^(٤) .

٨٧ - الموهوب لا يبرر على ثلث التركة : ويترتب على ما قدمناه أن
الموهوب إذا لم تزد قيمته وقت الموت على ثلث التركة ، صحت الهبة ،
سواء كان الموهوب له وارثاً أو غير وارث ، فإن الوصية أصبحت تجوز
للوارث في الثلث كما تجوز لغير الوارث ، ولا حاجة إلى إجازة الورثة .

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ في الهامش .

(٤) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٧٥ - فقرة ١٨٢ .

٨٨ - الموهوب يزير على ثلث التركة : فإذا كانت قيمة الموهوب وقت الموت تزيد على ثلث التركة ، صحت بغير إجازة الورثة في حدود الثلث ، سواء كانت الهبة لوارث أو لغير وارث . أما ما جاوز من الموهوب ثلث التركة ، فلا تصح الهبة فيه إلا بإجازة الورثة . فإن لم يجزوا ، وجب على الموهوب له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث ، أى أن يرد إليها ما يفي بتكملة ثلثها .

وإذا تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد على الثلث ، لم ينفذ التصرف في حق الورثة بغير إجازتهم إلا وفقاً للقواعد العامة ، لأن النص الخاص ببيع المريض مرض الموت - المادة ٤٧٨ مدني - لم يرد في هبة المريض مرض الموت^(١) . ومن ثم يسرى التصرف في حق الورثة فيما جاوز الثلث إذا كان المتصرف إليه حسن النية قبل تسجيل دعوى الاستحقاق التي ترفعها الورثة على الموهوب له مطالبين إياه بالزائد على الثلث . ولا يسرى التصرف في حقهم من وقت تسجيل هذه الدعوى ، ولو كان المتصرف إليه حسن النية .

المبحث الثاني

العوض في الهبة

٨٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٩٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة »^(٢) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

(١) انظر في هذا النص الوسيط : فقرة ١٨٨ .

(٢) تاريخ النص : انظر ما يلي فقرة ١١٨ في المناش .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٦٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٨٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٦١٨ - ولا مقابل للنص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) .

٩٠ - الشروط العامة الواجب توافرها في العرض : قدمنا أن

الهبة قد تقترن بمقابل ، شروط أو التزامات أو عوض تفرض على الموهوب له ، فتكون الهبة عقدًا ملزمًا للجانبين ، إذ تقوم التزامات في جانب الموهوب له مقابلة للالتزامات القائمة في جانب الواهب .

وقد يكون هذا المقابل التزامًا بالإعطاء أو التزامًا بعمل أو التزامًا بالامتناع عن عمل . فالالتزام بالإعطاء مثله أن يلتزم الموهوب له بترتيب إيراد اللواهب أو لأجنبي أو أن يلتزم بوفاء ديون الواهب أو الديون المترتبة على العين الموهوبة . والالتزام بالعمل مثله أن يلتزم الموهوب له بأن يقوم بخدمات معينة للواهب ، كأن يزرع له أرضاً أو يبني له داراً أو نحو ذلك . والالتزام بالامتناع عن عمل مثله أن يتعهد الموهوب له بألاّ يتصرف في العين الموهوبة .

وأياً كان الالتزام الذي يشتمل عليه المقابل ، فإن محله يجب أن تتوافر فيه الشروط العامة الواجب توافرها في محل الالتزام . فيجب أن يكون هذا المحل موجوداً إذا كان متعلقاً بشيء معين بالذات ، أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل . ويجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين . ويجب

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٦٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٨٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦١٨ (مطابق - وانظر أيضاً المادة ٦١١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل ، ولكن الحكم منقذ مع التواعد العامة ،

فيسرى في لبنان دون نص .

أخيراً أن يكون صالحاً للتعامل فيه ، وبخاصة يجب أن يكون غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

ثم إن هذا المقابل في الهبة يجب أن تكون قيمته المادية أقل من قيمة الشيء الموهوب ، حتى تستبقى الهبة صفتها باعتبارها تبرعاً . وقد قدمنا أن قيمة المقابل إذا كانت تعادل قيمة الشيء الموهوب أو تقاربه ، فإن العقد يكون معاوضة لا تبرعاً . وإذا قلت قيمة المقابل ، فإن التبرع يكون بمقدار الفرق ما بين قيمة الشيء الموهوب وقيمة المقابل^(١) .

٩١ - صور مختلفة للمقابل في الهبة : والمقابل في الهبة يتخذ صوراً مختلفة متباينة^(٢) ، نورد أمثلة منها هنا^(٣) .

فقد تكون الشروط والالتزامات المفروضة على الموهوب له ملحوظا فيها مصلحته هو . مثل ذلك أن يهب شخص آخر مالا ويشترط عليه أن يشتري به داراً أو أوراقاً مالية ادخاراً للمال عند الحاجة لمصلحة الموهوب له نفسه . وقد يهب له داراً ويشترط عليه عدم التصرف فيها ، وشرط عدم التصرف هذا قد يكون لمصلحة الموهوب له ، وقد يكون لمصلحة الوهاب ، وقد يكون لمصلحة أجنبي اشترطت له منفعة (انظر المادتين ٨٢٣ - ٨٢٤ وسيأتي ذكرهما) .

وقد تكون الشروط والالتزامات مفروضة على الموهوب له لمصلحة الوهاب . مثل ذلك أن يشترط الوهاب على الموهوب له أن يوفى ديونه ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٤ .

(٢) وتوجد صورة للمقابل في الهبة يكون المقابل فيها غير مباشر ، ويتحقق ذلك في الهبات المتبادلة . فكل هبة لا مقابل لها في نفس الهبة ، ولكن المقابل يوجد في الهبة المقابلة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٤) .

(٣) أما الكلام في التزام الموهوب له بالمقابل وكيف يوفيه ، فعله عند بحث آثار الهبة والتزامات الموهوب له .

فيلتزم الموهوب له عندئذ بوفاء ديون الراهب التي كانت موجودة وقت الهبة ، ما لم يتفق على غير ذلك (م ٤٩٩ / ١ مدني) . وسنعود إلى تفصيل التزام الموهوب له بوفاء ديون الواهب عند الكلام في التزامات الموهوب له^(١) .

وأكثر ما يكون المقابل في الهبة عوض يشترطه الواهب على الموهوب له^(٢) . ويكون هذا العوض إما لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي ، كأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يرتب لإيراداً للواهب مدى حياته ، أو يرتب لإيراداً لشخص آخر غير الواهب مدى حياة هذا الشخص^(٣) ، وقد يكون هذا الإيراد معادلاً لربع الشيء الموهوب . كذلك قد يشترط الواهب على الموهوب له عوضاً عن الهبة أن ينفق عليه طول حياته ، أو أن يؤويه في داره . وقد يشترط الواهب العوض للمصلحة العامة ، كأن يهب شخص مالا لجمعية خيرية ويشترط عليها أن تقوم بإنشاء مستشفى أو ملجأ أو نحو ذلك مما يحقق مصلحة عامة . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فيما قدمناه^(٤) .

(١) انظر ما يلي فقرة ١٢٢ .

(٢) والهبة بشرط العوض في الفقه الإسلامي هي هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع ، وهي بيع انتهاء فتردد بالمعيب وخيار الرؤية وتتخذ بالشفعة . وقال زفر والشافعي هي بيع ابتداء وانتهاء . جاء في الهداية : « وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع ، لأنه هبة ابتداء . فإن تقابضاً صح العقد ، وصار في حكم البيع يرد بالمعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة ، لأنه بيع انتهاء . وكال زفر والشافعي رخصهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء ، لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بمعرض » (فتح القدير ٧ ص ١٣٨) . انظر أيضاً المادة ٢٨٥ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا . .

(٣) وتعتبر هبة بمعرض أن يشترط الواهب وهو والد الموهوب له على ابنه تجهيز أخته - أختي الموهوب له وبنى الواهب - والإنفاق عليهما وعلى أمه - زوجة الواهب - بعد وفاة أبيه (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٣ ص ١٧٨) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤ .

الفرع الثالث

السبب في عقد الهبة

٩٢ - **نظير الفواعل العامة في السبب** : نظرية السبب تسرى في عقد الهبة كما تسرى في غيرها من العقود . ويجب أن يفهم السبب هنا بمعناه الحديث : الباعث الدافع للواهب على الهبة . أما نية التبرع - وهي التي تقول النظرية - التقليدية إنها السبب في الهبة - فهي تختلط اختلاطاً تاماً بالرضاء ، فالواهب عندما رضى بالهبة كان رضاه هذا متضمناً لنية التبرع . وأكثر ما يظهر عقم النظرية التقليدية في السبب عندما تخلط هذه النظرية نية التبرع بالسبب في الهبات ، فإن نية التبرع موجودة حتماً في كل هبة ، ووصف هذه النية بأنها السبب لا يقدم شيئاً^(١) . وهذا ما دفع الأستاذ كاييتان ، وهو من أكبر المدافعين عن نظرية السبب التقليدية ، إلى ألا يقف عند نية التبرع ، بل يجاوزها إلى الباعث الدافع ، فيجعله هو السبب

= والهبة بعوض تخضع لقواعد الهبة الشكلية والموضوعية . ومن ثم تسرى عليها الرسمية أو العينية وأحكام الضمان المخففة وأحكام الرجوع في الهبة ، فضلاً عن الفسخ لعدم أداء العوض . ولكن عند تحديد قيمة الهبة يجب إنقاص قيمة العوض من قيمة المال الموهوب ، فإذا كانت الهبة بعوض صادرة في مرض الموت اعتبرت قيمة الهبة التي يجب ألا تتجاوز ثلث التركة هي الفرق بين قيمة المال الموهوب وقيمة العوض (انظر في هذا المعنى الأستاذ أكرم الخولي ص ٩٥) . وإذا كانت قيمة العوض أكبر من قيمة الموهوب أو تعادلها ، كان العقد معاوضة لا تبرعاً . كما سبق القول . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العقد الذي يلتزم بموجبه شخص بنقل حق عيني أو بعمل شيء إلى هيئة من الهيئات العامة ، مقابل قيام تلك الهيئة بعمل للمصلحة العامة ، هو عقد معاوضة لا تشترط فيه الرسمية ، ولا تطبق عليه أحكام الهبة (استئناف مصر ٢٠ يونيو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٥) .

(١) انظر في هذا المعنى الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٦٦ - الأستاذ أكرم الخولي فقرة ٧٣ - وانظر مع ذلك دفاعاً مسهباً عن النظرية التقليدية في أن نية التبرع هي السبب في الهبات بيودري وكولان ١٠ فقرة ٥٠ - فقرة ٥١ .

في الهبة إذا اقترنت بشرط يكون هو الذي دفع المتبرع إلى تبرعه^(١) .

فيجب إذن الأخذ بالنظرية الحديثة في السبب ، وبخاصة في عقد الهبة ، فيكون السبب كما قدمنا هو الباعث الدافع للواهب على التبرع .

ويجب أن يكون هذا الباعث مشروعاً ، فإذا كان غير مشروع كانت الهبة باطلة بطلاناً مطلقاً . ولكن يجب ، حتى تكون الهبة باطلة لعدم مشروعية الباعث الذي دفع الواهب إلى التبرع ، أن يكون الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث . وقد ذهب بعض الفقهاء^(٢) إلى أنه لا حاجة في الهبة حتى تبطل إلى أن يكون عدم مشروعية الباعث معلوماً من الموهوب له ، فإن الإرادة التي تقف عندها هي إرادة المتبرع وحده ، فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف ، فيعتد إذن بالباعث الذي دفع الواهب إلى تبرعه سواء كان معلوماً من الموهوب له أو كان مجهولاً منه . ولكن الرأي الذي ساد هو الرأي الأول ، فيجب ، حتى في الهبة لتكون باطلة ، أن يكون عدم مشروعية الباعث الذي دفع الواهب إلى التبرع معلوماً من الموهوب له^(٣) .

ومن أظهر تطبيقات عدم مشروعية السبب في الهبة ما استقر عليه القضاء في مصر من أنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخليته هو إيجاد العلاقة غير الشريفة بينهما أو استدامتها أو تجديدها ، كانت الهبة باطلة لعدم مشروعية السبب . أما إذا كان الباعث هو تعويض الخلية عما أصابها من

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٢٧٤ ص ٤٥٠ .

(٢) جوسران في البواعث فقرة ١٥٩ ص ٢٠١ وفقرة ١٦٠ ص ٢٠٣ - ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ٣٥ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣١٩ و ٣ فقرة ٣٥٢٣ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ١٤٠ - الأستاذ أكرم الخولي فقرة ٧٣ ص ١٠٩ .

(٣) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٢٨٣ .

فإذا لم يكن عدم مشروعية السبب معلوماً من الموهوب له ، كانت الهبة صحيحة ، وإن كان يجوز للواهب الرجوع فيها والتكسب في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع في الهبة .

الضرر بسبب المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت ، فالباعث يكون مشروعاً والهبة تكون صحيحة^(١) .

والقواعد التي قررناها في السبب عند الكلام في نظرية العقد بوجه عام تسرى على الهبة بالقدر الذي يتلاءم مع طبيعتها ، فنحيل إلى ما قدمناه في هذا الصدد^(٢) . وإنما نقف عند تطبيقات ثلاثة للسبب كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصوص فيها^(٣) ، وحذفت هذه النصوص اكتفاء بالقواعد العامة .

٩٣ - الهبة المقرنة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص هو المادة ٦٦٩ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « إذا اقترنت الهبة بشرط

(١) استئناف وطنى ١٣ يونيه سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ص ٦ - محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة ٨ يونيه سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٥٣٦ ص ١٧٦ .

(٢) انظر الرسيط الجزء الأول فقرة ٢٨٨ وما بعدها .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذه النصوص : « والسبب في الهبة هو نية التبرع طبقاً للمذهب القديم ، وهو الدافع الرئيسى للتبرع طبقاً للمذهب الحديث . وقد طبق المشروع المذهب الحديث في فروض ثلاثة : (١) اقتران الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع ، فإن كان الشرط ليس هو الدافع للتبرع ، فإنه يلقى وتصح الهبة : قارن مرشد الخيران م ٢٥٥ فقرة ثانية . وإن كان هو الدافع ، بطلت الهبة لعدم مشروعية السبب . وعلى هذا جرى القضاء المصرى والفرنسى ، وقتن المشروع ما جرى عليه القضاء (م ٦٦٩) . (ب) الهبات والهدايا التي تقدم للخطيب من الخطيب الآخر أو من أجنبى ، فهي ترد إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد مادام الشيء المودوب قائماً ويمكن رده بالذات (م ٦٧٠ من المشروع وم ١١٠ من قانون الأحوال الشخصية) ، ويمكن تعليل ذلك بأن سبب الهبة قد زال لفسخ الخطبة . (ج) شرط عدم التصرف ، ولا يكون صحيحاً ما لم يكن مبنيًا على باعث مشروع ومقصوداً على مدة معقولة (م ٦٧١ و ١١٩١ من المشروع) ، وإلا كان السبب غير مشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦١ - ص ٢٦٢) .

مستحيل أو بشرط غير مشروع ، وقعت صحيحة وألغى الشرط ، إلا إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للهبة ، فتقع الهبة كلها باطلة (١) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، اكتفاء بالقواعد العامة (٢) .

ومثل الهبة المقرنة بشرط مستحيل أن يهب شخص داراً لآخر ، ويقرن الهبة بشرط هو أن يرتب الموهوب له إيراداً لشخص آخر مدى حياة هذا الشخص ، ثم يتبين أن هذا الشخص قد توفي قبل صدور الهبة . فهنا الشرط الذي اقترنت به الهبة هو شرط مستحيل ، ومن ثم ننظر هل كان هذا الشرط هو الباعث الدافع (cause impulsive et déterminate) للواهب على أن يتبرع بالدار للموهوب له ، وفي هذه الحالة يكون الشرط هو السبب وقد انعدم ، فتبطل الهبة كلها ويسترد الواهب الدار من الموهوب له . أما إذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع على التبرع ، وثبت أن الواهب كان يهب الدار حتى لو تبين أن الشرط مستحيل ، فإن الهبة تبقى صحيحة ويلغو الشرط وحده .

ومثل الهبة المقرنة بشرط غير مشروع أن يهب شخص مالا لمطلقة ويشرط عليها عدم الزواج . فشرط عدم الزواج عادة شرط غير مشروع (٣) ، فإن كان هو الباعث الدافع للواهب على التبرع ، ألغى

(١) انظر في أصل هذه القاعدة في القانون الروماني وفي قوانين الثورة الفرنسية وفي تفصيلات القاعدة في التقنين المدني الفرنسي (م ٩٠٠ مدني فرنسي) بودري وكولان ١٠ فقرة ٦٥ - فقرة ١٠٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٨ - ص ٢٥٩ في الماش - وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ مدني على ما يأتي : « ومع ذلك لا يقوم الالتزام المدني الذي علق على شرط فاسخ بخالف للأداب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام » .

(٣) والمبرة في عدم مشروعية الشرط بوقت صدور الهبة ، فإذا كانت مشروعة في هذا الوقت فالهبة صحيحة ولو أصبح الشرط غير مشروع بعد ذلك (بودري وكولان ١٠ فقرة ١١٧ - فقرة ١١٨) .

الشرط وبطلت الهبة معه . وإن لم يكن هو الباعث الدافع إلى التبرع ،
ألغى الشرط وبقيت الهبة^(١) .

٩٤ - الهبات والهبات في الخطبة : وكان المشروع التمهيدى يشتمل

أيضاً على نص هو المادة ٦٧٠ من هذا المشروع . وكان يجري على الوجه
الآتى : « الهبات والهبات التي تقدم في الخطبة من أحد الخطيبين للآخر ،
أو من أجنبي عنهما لأحدهما أولهما معاً ، يجب أن يرد لها الموهوب له للواهب
إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد ، ما دام الشيء الموهوب قائماً
ويمكن رده بالذات »^(٢) . وقد حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ ،
اكتفاء بالقواعد العامة وبأحكام العرف في هذا الشأن^(٣) .

والمفروض أن الهبات والهبات التي يقدمها أحد الخطيبين للآخر ،
أو يقدمها ذوو الخطيبين لأحدهما أولهما معاً ، إنما الباعث الدافع لها هو إتمام
الزواج . فإذا لم يتم وفسخت الخطبة ، فقد انعدم السبب ، فبطلت الهبة .
ومن ثم يستطيع الواهب أن يطلب استرداد هبته من الموهوب له بعد فسخ
الخطبة^(٤) . ولكن يشترط في ذلك أن يكون الشيء الموهوب قائماً ، كالحجوات

(١) وقد قضت محكمة الزقازيق الاستئنافية بأن الهبة المقرونة بشرط باطل تعتبر صحيحة
مع بطلان الشرط ، فإذا اشترط الزوج في هبته لزوجته ألا تزوج ، ومع الشرط باطلا لمخالفته
القانون والنظام العام ، وتصح الهبة (١٦ أكتوبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٥٦
ص ١٥٩) . وانظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٤ رقم ٦٣٥
ص ٨٤٧ .

وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن التكليف لا يكون ملزماً إذا لم يخرج عن مجرد
الرغبة والارتياح إلى تحقيقه ، وبأن شرط تعيين وصي معين على القاصر الموهوب له مخالف
للنظام العام لأنه لا يجوز أن يفرض على المجلس الحسبى شخص معين لوصاية ، ويكون هذا
الشرط باطلا لاستحالة ، وتبقى الهبة (١٩ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٣٢ ص ٥٦١) .

(٢) انظر أيضاً المادة ٦١٢ من التقنين المدني العراق وهو نص مطابق .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١ في الأماش .

(٤) استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢١٤ .

والمصوغات ، حتى يمكن رده بالذات . أما إذا استهلك ، كالحاوى والروائح ، فالمفروض أن الواهب قد وهب الشيء على أن يستهلك وعلى ألاّ يسترده مهما كان مآل الخطبة ، فلا يكون إتمام الزواج سبباً في مثل هذه الهبات (١) .

٩٥ - شرط عدم التصرف في الشيء الموهوب : وكان المشروع التمهيدى يشتمل أخيراً على نص هو المادة ٦٧١ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « إذا اشترط الواهب عدم التصرف في الشيء الموهوب ، فيسرى على الهبة أحكام المادتين ١١٩١ و ١١٩٢ » . وقد

(١) ويذهب الأستاذ محمود جمال الدين زكى إلى أن الواهب هنا إنما يرفع في الهبة إذا فسخت الخطبة ، ويكون فسخ الخطبة عذراً مقبولاً يجوز له الرجوع ، ولا دخل لنظرية السبب في هذه المسألة (ص ١٣٩ هامش رقم ١) . وعندنا أن نظرية السبب يمكن أن تكون تعليلاً مقبولاً للرجوع في الهبة عند فسخ الخطبة ، ذلك أن الواهب وهو يقدم هدية للخطيبة إنما دفعه إلى ذلك أن الخطبة ستنتهى بالزواج . فإذا فسخت الخطبة فهو يرجع في الهدية استصحاباً لنتية الأولى وقت أن وهب ، لا ابتداء لنية جديدة في الرجوع في الهبة لعذر طرأ . على أننا إذا قلنا بنظرية السبب في هذه المسألة ، فإننا نتوسع في الأثر الذى يترتب على السبب . فهو يؤثر في صحة العقد لا وقت صدور العقد فحسب ، بل أيضاً عند تخلف السبب بعد صدور العقد .

وفى الفقه الإسلامى للخاطب أن يرجع في هديته ، لأن الهدية نوع من الهبة فيجوز الرجوع فيها . ولا مانع من الرجوع لأن الهبة هنا كانت قبل الزواج ، والمانع من الرجوع هو قيام الزوجية وقت الهبة ، وهذا فى مذهب أبى حنيفة . أما عند جمهور الفقهاء فلا يجوز الرجوع فى الهدية كما لا يجوز الرجوع فى الهبة . لكن المختار فى مذهب مالك أنه لو تم الزواج بينهما فلا رجوع ، وإن حصل عدول عنه فلم يعقد عليها ، فإن كان العدول منه فكذلك ، أما إذا كان العدول من المخطوبة فإن الخاطب يرجع فيما أهداه إن كانت الهبة باقية ، أو بمثلها أو قيمتها إن كانت هالكة ، إلا إذا كان هناك عرف أو شرط فيعمل به (الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٠ - ص ٦١) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تم الزواج لم يجوز الرجوع فى الهدية ، حتى لو افرق الزوجان بعد الزواج (٢٨ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٤٩) .

حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لورود حكمه في المادتين ٨٢٣ و ٨٢٤ مدني^(١) .

والواقع من الأمر أن شرط عدم التصرف في الشيء الموهوب قد ورد حكمه في نص عام هو نص المادة ٨٢٣ مدني ، ويجرى على الوجه الآتي :

« (١) إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . (٢) ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير . (٣) والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير » . ويخلص من هذا النص أنه إذا اشترط الواهب على الموهوب له ألا يتصرف في الشيء الموهوب ، فشرط عدم التصرف لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . أما إذا كان الشرط مبنياً على باعث غير مشروع ، بأن كان الغرض منه تعطيل التصرف في الموهوب دون مبرر لذلك ، وجب النظر فيما إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى التبرع ، فيكون السبب غير مشروع ، ويبطل وتبطل معه الهبة . أما إذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع إلى التبرع ، فإنه يلاغو وحده ، وتبقى الهبة صحيحة ، ويجوز للموهوب له عندئذ أن يتصرف في الشيء الموهوب بالرغم من شرط عدم التصرف . ومن المبررات لشرط عدم التصرف ، فيكون شرطاً مشروعاً يجب العمل به ، أن يكون قد وضع لحماية الواهب أو الغير ، كما إذا كان الواهب قد اشترط على الموهوب له ترتيب إيراد مرتب له طول حياته ، أو إيراد مرتب لأجنبي طول حياة هذا الأجنبي ، فيكون هذا مبرراً لأن يشترط الواهب أيضاً ألا يتصرف الموهوب له في الشيء طول حياة الواهب أو طول حياة الأجنبي ،

ليكون ذلك ضامناً للوفاء بالإيراد المرتب . كذلك من مبررات شرط عدم التصرف أن يكون قد وضع لحماية الموهوب له نفسه ، بأن كان محدود التجربة أو كان فيه نزق وطيش ، فيشترط عليه الواهب ألا يتصرف في الشيء الموهوب حماية له من عدم تجربته أو من نزقه وطيشه ، ويصح في هذه الحالة أن يكون شرط عدم التصرف لمدة حياة الموهوب له .

فإذا صح شرط عدم التصرف على الوجه الذى أسلفناه ، صحّت الهبة معه ووجب العمل بالشرط . ومن ثم لا يجوز للموهوب له أن يتصرف في الشيء الموهوب طول المدة التى حددت للشرط ، وإذا تصرف وقع تصرفه باطلا . واستطاع كل ذى شأن - وبخاصة الموهوب له والواهب نفسه - أن يسترد الشيء الموهوب من المتصرف له ، ولكن تبقى الهبة قائمة فيرد الشيء إلى الموهوب له لا إلى الواهب . وتنص المادة ٨٢٤ مدنى في هذا الصدد على أنه « إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً » .

الفصل الثاني

أحكام الهبة

٩٦ - آثار الهبة والرجوع فيها : تشمل أحكام الهبة الآثار التي تترتب عليها وجواز الرجوع فيها .

الفرع الأول

الآثار التي تترتب على الهبة

٩٧ - التزامات الواهب والتزامات الموهوب له : الأصل في عقد الهبة كما قدمنا أنه عقد ملزم لجانب واحد ، هو جانب الواهب : ولكن إذا اشترط الواهب عوضاً لهبته على الوجه الذي بيناه فيما تقدم ، كانت الهبة ملزمة للجانبين ووجدت التزامات مقابلة في جانب الموهوب له .
فتتكم في التزامات الواهب ، ثم في التزامات الموهوب له .

المبحث الأول

التزامات الواهب

٩٨ - التزامات أربعة : التزامات الواهب ، كالتزامات البائع ، أربعة : (١) نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له . (٢) تسليم الشيء الموهوب للموهوب له . (٣) ضمان التعرض والاستحقاق . (٤) ضمان العيوب الخفية .

المطلب الأول

نقل ملكية الشيء الموهوب

٩٩ - تطبيق الفواعر العامة : التزام الواهب بنقل ملكية الشيء

الموهوب تسرى فيه اتقواعد العامة ، على النحو الذى رأيناه فى التزام البائع بنقل ملكية المبيع .

فبعد الهبة ينشئ التزاماً فى ذمة الواهب بنقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له ، وهذا الالتزام ينفذ فوراً بحكم القانون فى الشيء المعين بالذات الذى يملكه الواهب ، مع مراعاة قواعد التسجيل فى العتار (م ٢٠٤ وم ٩٣٢ مدنى) . ويلتزم الواهب بأن يقوم بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية ، كتقديم الشهادات اللازمة لتسجيل والكف عن أى عمل يعوق نقل الملكية فلا يجوز للواهب أن يتصرف بعد الهبة فى الشيء الموهوب إلا إذا جاز الرجوع فى الهبة . ويتضمن الالتزام بنقل ملكية الموهوب الالتزام بالمحافظة عليه والالتزام بتسليمه إلى الموهوب له (م ٢٠٦ مدنى) . ويترتب على نقل الملكية إلى الموهوب له أن يكون لهذا الأخير حق التصرف فى الموهوب حتى قبل قبضه ، ويستوى فى ذلك العقار والمنقول (إذا لم تكن الهبة يدوية فى المنقول) ، وأن يكون له ثمر الموهوب ونماؤه من وقت تمام الهبة ، وإذا أفلس الواهب بعد الهبة جاز للموهوب له أن يأخذ عين الموهوب فلا يزاحمه دائنو الواهب . وتنقل الملكية ، لا فى حق المتعاقدين وحدهما ، بل أيضاً فى حق الورثة والدائنين . إلا أن الهبة إذا كانت قد صدرت من الواهب المعسر إضراراً بدائنيه ، فإن هؤلاء لهم الحق فى الطعن فى الهبة بالدعوى البولصية ، ولو لم يكن الموهوب له عالماً بإعسار المدين ، فتصبح الهبة غير نافذة فى حقهم ، ويستطيعون أن ينفذوا على

الشيء الموهوب بحقوقهم وفقاً للقواعد المقررة في الدعوى البولصية^(١) .
وكل ما أسلفناه من الأحكام المتقدمة يراعى في تفصيلاته ما سبق أن
قدمناه في خصوص التزام البائع بنقل ملكية المبيع^(٢) .
والتزام الواهب بنقل ملكية الموهوب كان منصوصاً عليه صراحة في
المشروع التمهيدى ، فكانت المادة ٦٧٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى :
« (١) يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب للموهوب له . (٢) فإذا
كان الموهوب عقاراً ، سرت عليه الأحكام المتعلقة بالتسجيل . (٣) أما إذا
كان منقولاً ، فلا تنتقل الملكية إلا بالقبض الحقيقى الكامل ، فإن كان

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، هو المادة ٦٧٢ من هذا
المشروع ، وكانت تقضى بأنه « لا تجوز هبة الأموال أو وقفها إضراراً بالدائنين » ، فحذف
هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٢
في الهامش) . وانظر المادة ٦١٠ من التقنين المدنى العراقى وتنص على أنه « لا تجوز الهبة إضراراً
بالدائنين » : انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٨ .

وانظر في القضاء المصرى في هذه المسألة في عهد التقنين المدنى السابق : استئناف وطنى ١٥
مايو سنة ١٨٩٥ القضاء ٢ ص ٢٤٣ (لا يجوز الوقف إضراراً بحق الشفيع) - ٥ يناير سنة ١٨٩٩
المجموعة الرسمية ١ ص ١٩٠ - ٤ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٩٤ ص ٢٤٨ -
١٧ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٠١ ص ١٨٤ - ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢
رقم ٢/١٦٢ ص ٤٨٣ - استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٧٨ - ١٠
نوفبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ - ٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٩ - ٢٠ يناير سنة
١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ - ٩ مارس سنة ١٩١٦
م ٢٨ ص ١٩٥ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٧٠ - ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ -
٥ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٩٧ - ١٢ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٦ -
١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٥٨ - ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ - ٢٨ ديسمبر
سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٧٦ - ٨ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٤ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٩
م ٤١ ص ١٧٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٨ - ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢
ص ٤٩٢ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٩ .

المنقول موجوداً في حيازة الموهوب له وقت الهبة ، فتنقل الملكية بمجرد الاتفاق على الهبة دون حاجة لقبض جديد » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة^(١) . وبلاحظ أن المشروع التمهيدى كان يشترط القبض الحقيقى فى المنقول لتام الهبة ولنقل الملكية ، ولكن عدل المشروع فى هذه المسألة كما رأينا^(٢) ، وأصبحت الرسمية شاملة للعقار والمنقول ، وإن كان القبض فى المنقول يغنى عن الرسمية . ونستعرض الآن نقل الملكية فى المنقول ، ثم فى هبة العقار .

١٠٠ - نقل الملكية فى هبة المنقول : نميز هنا ، كما ميزنا فى البيع ، بين المنقول المعين بالذات والمنقول غير المعين إلا بالنوع .

فى المنقول المعين بالذات المملوك للواهب ، تنتقل الملكية إلى الموهوب له فوراً بمجرد تمام الهبة وقبل القبض ، هذا إذا كانت الهبة قد وثقت فى ورقة رسمية أو كانت هبة مستترة . أما إذا كانت هبة يدوية ، فتم الهبة ، وتنتقل الملكية فى الوقت ذاته إلى الموهوب له ، بالقبض ، على النحو الذى بسطناه فيما تقدم^(٣) . ونرى من ذلك أن الملكية تنتقل بمجرد تمام الهبة ، سواء تمت الهبة بورقة رسمية أو بالقبض أو كانت هبة مستترة . وتنتقل ملكية المنقول إلى الموهوب له على هذا النحو ، سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير . وتسرى فى كل ذلك أحكام انتقال

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥ - وتنص المادة ٦١٢ من التقنين المدنى المراقى على أن « تنتقل بالهبة ملكية الموهوب إلى الموهوب له » . وتنص المادة ٥٠٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن « تم الهبة وتنتقل الملكية فى الأموال الموهوبة ، سواء أكانت منقولة أو ثابتة ، عندما يقف الواهب على قبول الموهوب له ، مع الاحتفاظ بالأحكام الآتية » :

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧ فى الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٧ .

ملكية المبيع المنقول المعين بالذات فيما قدمنا^(١) . وهبة الجزاف ، كبيع الجزاف ، حكمها في انتقال ملكية الموهوب حكم هبة المنقول المعين بالذات على النحو الذى قدمناه ، سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير^(٢) .

وإن المنقول غير المعين إلا بالنوع ، كهبة عشرة أراذب من القمح أو عشرين قنطاراً من القطن ، إذا كانت الهبة يدوية كما يقع ذلك عادة ، تمت الهبة بالقبض وتنقل الملكية بمجرد تمام الهبة . أما إذا وثقت الهبة فى ورقة رسمية ، فتنقل ملكية الموهوب بالإفراز ولو قبل القبض . وتسرى فى كل ذلك أحكام انتقال ملكية المبيع المنقول غير المعين إلا بالنوع فيما قدمناه^(٣) .

١٠١ - نقل الملكية فى هبة العقار : أما إذا كان الموهوب عقاراً ،

وتمت الهبة سواء وثقت بورقة رسمية أو كانت هبة مستترة ، فإن ملكية العقار الموهوب ، سواء فى حق الغير أو فيما بين المتعاقدين ، لا تنتقل إلا بتسجيل عقد الهبة . وقد نصت المادة ٩٣٤ مدنى على هذا الحكم إذ تقول : « (١) فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى . (٢) ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء أكانت ناقله للملكية أم غير ناقله ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر » .

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٤١ - فقرة ٢٤٣ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٤٤ .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٤٥ - فقرة ٢٤٨ .

وقد استعرضنا عند الكلام في البيع تطور نظام الشهر العقاري في مصر ،
وتتبعنا العهود الأربعة التي مر بها هذا النظام : العهد السابق على التقنين
المدنى القديم ، ثم نظام الشهر في التقنين المدنى القديم ، ثم نظامه في قانون
تنظيم الشهر العقاري الصادر في سنة ١٩٤٦ وهو النظام القائم في الوقت
الحاضر ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(١) .

وفي عهد التقنين المدنى القديم كانت ملكية العقار الموهوب تنتقل
فيما بين المتعاقدين بعقد الهبة ولو لم يسجل^(٢) ، أما بالنسبة إلى الغير
فلا تنتقل الملكية إلا بتسجيل عقد الهبة . وتسرى في ذلك الأحكام التي
قدمناها في عقد البيع^(٣)

أما في عهد قانون التسجيل وعهد قانون تنظيم الشهر العقاري ، فلكية
العقار الموهوب لا تنتقل كما قدمنا ، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى
الغير ، إلا بتسجيل عقد الهبة .

فالهبه غير المسجلة لا تنقل ملكية العقار الموهوب حتى فيما بين المتعاقدين ،
ويترتب على ذلك أن الموهوب له لا يصبح مالكا للعقار الموهوب ما دامت
الهبة لم تسجل . فإذا مات الواهب وانتقلت ملكية العقار إلى وارثه ، وباع
الوارث العقار إلى أجنبي أو وهبه منه بعد أن سجل شهادة إرثه ، ففضل
المشتري أو الموهوب له من الوارث على الموهوب له من المورث إذا سبق
الأول الثاني إلى التسجيل ، كل هذا على التفصيل الذى بسطناه عند الكلام

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٥٠ - فقرة ٢٦٥ .

(٢) وكانت المادة ٧٠/٤٨ من التقنين المدنى القديم تنص على أن « تنتقل الملكية في
الأموال الموهوبة ، منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب
له ، إنما إذا كان العقد المشتل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر فلا تصح الهبة ولا القبول
إلا إذا كانا حاصلين بمقد رسمى وإلا كانت الهبة لاغية » .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٦٧ - فقرة ٢٦٩ .

في البيع^(١) . ولكن الهبة غير المسجلة لا تزال هبة ، فنتج جميع آثارها عدا نقل الملكية بالفعل^(٢) . ويترتب على ذلك أن الهبة غير المسجلة تنشئ التزاماً في جانب الواهب بنقل ملكية الموهوب ، ويسرى هنا ما سبق أن قررناه في البيع في شأن دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع^(٣) . وتنشئ الهبة غير المسجلة ، إلى جانب الالتزام بنقل الملكية ، جميع الالتزامات الأخرى التي ينشئها عقد الهبة في جانب كل من الواهب والموهوب له . فيلتزم الواهب ، بموجب عقد الهبة غير المسجل ، بتسليم العقار الموهوب إلى الموهوب له ، ويضمن الواهب للموهوب له التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية على الوجه الذي يضمن به كل ذلك في الهبة بعد تسجيلها . وتنشئ الهبة غير المسجلة في جانب الموهوب له التزاماً بالوفاء بالعوض إذا كان مشروطاً في الهبة ، والتزاماً بدفع مصروفات الهبة ، والتزاماً بتسليم العقار الموهوب ، على نحو ما يلتزم بكل ذلك في الهبة المسجلة . والهبة غير المسجلة ، قبل التقنين المدني الجديد ، تصلح سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي ، ولكنها في التقنين المدني الجديد لا تصلح سبباً صحيحاً إلا إذا سجلت إذ نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدني على ما يأتي : « والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٧٦ .

(٢) وقد نصت محكمة النقض بأن الهبة تنعقد صحيحة بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له . أما نقل الملك فليس ركناً من أركان انعقادها ولا شرطاً من شرائط صحتها ، وإنما هو أثر من الآثار المترتبة على قيامها . وقانون التسجيل لم يغير من طبيعة الهبة كما لم يغير طبيعة البيع ، بل كل ما استحدثه هو أنه عدل من آثارها بجعله نقل الملكية مترافقاً إلى ما بعد التسجيل . وكون الهبة عقد تملك منجز ليس معناه أن نقل الملكية ركن من أركان انعقادها أو شرطاً من شروط صحتها ، بل معناه أنها عقد يراد به التملك الفوري ، تمييزاً لها عن الوصية التي يراد بها إضافة التملك إلى ما بعد الموت ونقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٩ ص ٣٧٩ .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٧٣ - فقرة ٢٧٥ .

بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون . وكذلك الهبة غير المسجلة لا يؤثر عدم تسجيلها في قابليته هبة ملك الغير للإبطال ، فهبة عقار الغير تكون قابلة للإبطال قبل التسجيل وبعده كما سبق القول^(١) .

فإذا سجلت هبة العقار بقيت منتجة للآثار التي تقدم ذكرها ، وزادت بالتسجيل أن تنقل بالفعل ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له متى كان العقار مملوكاً للواهب . وتنتقل الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير كما سبق القول . فإذا تصرف مالك العقار في عقاره مرتين متواليتين ، بالهبة أو بالبيع أو بأحدهما في المرة الأولى وبالثاني في المرة الأخرى ، فمن سبق من المتصرف إليهما إلى تسجيل عقده يفضل على الآخر ، ومن ثم يفضل الموهوب له حتى على المشتري إذا سبق إلى التسجيل . ونرى أن للتسجيل في الهبة أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين ، على النحو الذي بسطناه في البيع^(٢) . ونرى أيضاً أنه يشترط لصحة التسجيل في الهبة حسن النية ، فإذا سبق الموهوب له إلى تسجيل عقد الهبة وهو يعلم أن الواهب قد سبق له التصرف في العقار الموهوب ، جاز للمتصرف له الأول أن يطعن بالدعوى البولصية في الهبة المسجلة لجعلها غير نافذة في حقه . وذلك بخلاف البيع ، وقد قررنا في خصوصه أنه لا يشترط حسن النية وإنما يشترط عدم التواطؤ^(٣) ، ذلك أنه لا يشترط تطاؤ الموهوب له مع الواهب للطعن في الهبة بالدعوى البولصية . بل إن الموهوب له قد يكون حسن النية ، ومع ذلك يجوز الطعن في الهبة ولو سجلت بالدعوى البولصية متى ثبت أن الواهب كان سيئ النية وقت أن صدرت منه الهبة ، وذلك وقتاً للقواعد المقررة في الدعوى البولصية .

(١) انظر آنفاً فقرة ٨١ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦ .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ .

المطلب الثاني

تسليم الشيء الموهوب

١٠٢ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ٤٩٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب ، فإن الواهب يلتزم بتسليمه ، وتسرى في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع »^(١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٦١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٨٢ - ولا مقابل له لا في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(٢)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٧٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٥٢١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٦١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٨٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل . وهبة المنقول في التقنين العراقي لا تتم إلا بالقبض (م ٦٠٣ عراقي) ، فالتسليم إذن ركن في هذه الهبة لا التزام ، أما في المقار فتم الهبة بالتسجيل في الدائرة المختصة (م ٦٠٢ عراقي) . فيلزم الواهب بتسليم المقار الموهوب للموهوب له وفقاً للقواعد العامة . انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٩ - فقرة ٣١ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل . وهبة المنقول في التقنين اللبناني لا تتم إلا بالقبض (م ٥٠٩ لبناني) ، فالتسليم هنا ركن لا التزام . أما في المقار فتم بالقيد في السجل العقاري (م ٥١٠ لبناني) ، فيلزم الواهب بتسليم المقار الموهوب للموهوب له وفقاً للقواعد العامة .

١٠٣ - تسليم الموهوب والمحافظة عليه من التسليم فرع عن التزام

الواهب بنقل ملكية الموهوب : إذا لم يكن الواهب قد سلم الموهوب فعلا لتتم الهبة إذا كانت يدوية ، فإنه ، في حالة ما إذا كانت الهبة بورقة رسمية في عقار أو منقول أو كانت هبة مستترة ، يلتزم بتسليم الموهوب إلى الموهوب له . وهذا الالتزام بالتسليم فرع عن التزامه بنقل الملكية ، ويتفرع أيضاً عن الالتزام بنقل الملكية التزام الواهب بالمحافظة على الموهوب إلى أن يسلمه إلى الموهوب له . وتنص المادة ٢٠٦ مدني في هذا الصدد على أن « الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم » . وإذا هلك الموهوب قبل التسليم دون أن يكون الواهب قد تسبب في هلاكه بفعله العمد أو بخطأه الجسيم ، فإن تبعة الهلاك كما سنرى يتحملها الموهوب له ، ويتخلص الواهب من كلا الالتزامين : التزامه بالمحافظة على الشيء والتزامه بالتسليم .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٩٣ مدني السالفة الذكر : « وتسرى في ذلك (التسليم) الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع » . فتسرى إذن هذه الأحكام في المحل الذي يقع عليه التسليم ، وفي الطرق التي يتم بها التسليم ، وفي الجزاء الذي يترتب على إخلال الواهب بالتزام التسليم .

١٠٤ - المحل الذي يقع عليه التسليم : محل التسليم هو الشيء

الموهوب ، ويلتزم الواهب بتسليمه إلى الموهوب له بالحالة التي كان عليها وقت صدور الهبة ، وبالمقدار الذي عين له في العقد ، وبالملحقات التي تتبعه .

فيلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالحالة التي كان عليها وقت صدور الهبة ، وتتعين هذه الحالة على النحو الذي تتعين به حالة المبيع فيما قدمناه^(١) . وإذا تغيرت هذه الحالة ، لم يكن البائع مسئولاً إلا عن فعله

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٢٩٤ .

العمد أو خطأه الجسيم^(١) ، وفقاً للمادة ٤٩٦ مدني وسيأتي ذكرها . ويحوز اللواهب أن يشترط في الهبة تسليم الموهوب في الحالة التي يكون عليها وقت التسليم ، أو في أية حالة أخرى ، فإن الالتزام بتسليم الموهوب في الحالة التي كان عليها وقت صدور الهبة ليس من النظام العام .

ويلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالمقدار الذي عين له في العقد . فإذا نقص عن هذا المقدار ، لم يكن الواهب مسئولاً في هذا النقص إلا عن فعله العمد أو خطأه الجسيم (م ٤٩٦ مدني) . وإذا زاد على هذا المقدار ، وكان قابلاً للتبعض ، فالزيادة للواهب ، لأنها لم تدخل في الهبة والموهوب لا يضره التبعض . أما إذا كان الموهوب غير قابل للتبعض ، فالظاهر أن قدر الموهوب في هذه الحالة يعتبر وصفاً لا أصلاً ، ولا مقابل للوصف ، فتكون الزيادة للموهوب له دون مقابل^(٢) . ويبدو أن الدعاوى الخاصة بمقدار الموهوب شأنها شأن سائر الدعاوى في مدة التقادم ، ولا تسرى عليها مدة الستة من وقت تسليم الموهوب تسليمًا فعلياً وهي المدة الواردة في المادة ٤٣٤ مدني ، لأن هذا النص جاء على سبيل الاستثناء في خصوص حجز المبيع أو زيادته فلا يتوسع فيه .

ويلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالملحقات التي تتبعه ، وتحدد ملحقات الموهوب على النحو الذي حددت به ملحقات المبيع^(٣) . فتلحق بالموهوب الأوراق والمستندات المتعلقة به ، كمستندات الملكية وعقود الإيجار التي يكون من شأنها أن تسرى على الموهوب له وصورة من المستندات التي يستتقيها الواهب لتضمينها حقوقاً أخرى غير حقوق الموهوب له . ويلحق بالموهوب أيضاً حقوق الارتفاق التي قد تكون له ، وكذلك « بوالص »

(١) قارن في البيع الوسيط ٤ فقرة ٢٩٥ .

(٢) قارن في البيع الوسيط ٤ فقرة ٢٩٧ - فقرة ٢٩٩ .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٢ .

التأمين التي قد تكون معقودة لتأمينه ويكون الموهوب له بالنسبة إلى هذه « البوالص » خلفاً خاصاً . وإذا كان الموهوب منزلاً ، ألحق به الأشياء المثبتة فيه ، ولا تدخل في الملحقات المنقولات التي يمكن فصلها دون تلف . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، دخل في الملحقات الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام والمواشي والآلات الزراعية مما يعد عقاراً بالتخصيص والمخازن ووزابي المواشي وبيوت الفلاحين والمزروعات غير الناضجة بخلاف الناضجة فإنها لا تدخل . وتحدد ملحقات البستان والمصنع والحيوان والسيارة والأسهم والسندات والأعمال الأدبية والفنية على النحو الذي تتحدد به في البيع وفقاً لما قدمناه في ذلك^(١) .

١٠٥ - كيف يتم التسليم : يتم التسليم بوضع الموهوب تحت

تصرف الموهوب له في الزمان والمكان المعينين .

وطريقة التسليم تكون كما قدمنا بوضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن هذا من حيازته ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، مادام الواهب قد أعلمه بذلك ، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء الموهوب . وهذا هو التسليم الفعلي الذي تقرره المادة ٤٣٥ ملئاً بالنسبة إلى البيع ، فيسرى أيضاً على الهبة . فإذا كان الموهوب عقاراً ، فإن وضعه تحت تصرف الموهوب له يكون أولاً بتخلي الواهب إياه . فإن كان داراً يسكنها الواهب ، وجب عليه أن يخليها وأن يخرج ماله من أثاث وأمتعة فيها . وإن كانت أرضاً زراعية ، وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ماله من مواش وآلات ونحو ذلك . ثم يأتي بعد ذلك تمكين الموهوب له من الاستيلاء على الموهوب . ويقع كثيراً أن يكون مجرد إخلاء العقار منطوياً في الوقت ذاته على تمكين الموهوب له من الاستيلاء على الموهوب ، ولكن قد يقتضي الأمر أن يسلم الواهب الموهوب له مفاتيح الدار حتى يتمكن من

دخولها ، أو مستندات ملكية الموهوب ، أو نحو ذلك . وإذا كان الموهوب منقولاً ، فإن وضعه تحت تصرف الموهوب له يكون عادة بمناولته إياه يداً بيد إذا تيسر ذلك . وقد يحصل التسليم أيضاً بتسليم الموهوب له مفاتيح منزل أو مخزن يحتوى المنقول ، أو بتحويل سند الشحن أو الإيداع أو التخزين للموهوب له إن كان الموهوب مشحوناً أو مودعاً أو مخزوناً في جهة ما ، أو بتسليم هذا السند للموهوب له إذا كان السند لحامله . ويحصل تسليم المنقول غير المعين إلا بالنوع بإفرازه في حضور الموهوب له ودعوته لتسلمه^(١) . ويقوم مقام التسليم الفعلي في الهبة ، كما في البيع ، التسليم الحكيم . فإذا كان الموهوب في حيازة الموهوب له قبل الهبة ، بإجارة أو إعارة أو ودیعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم صدرت الهبة ، كان الموهوب له حائزاً فعلاً للموهوب وقت تمام الهبة ، ولا يحتاج إلى استيلاء مادی جديد ليتم التسليم . وإنما يحتاج إلى اتفاق مع الواهب على أن يبقى الموهوب في حيازته ، ولكن لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن ، بل كمالك له عن طريق الهبة . فتتغير نية الموهوب له في حيازته للموهوب ، وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت . ويجوز أن يبقى الموهوب في حيازة الواهب بعد الهبة ، ولكن لا كمالك فقد خرج عن الملكية بالهبة ، بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو نحو ذلك . وهذه الصورة الثانية من التسليم الحكيم تصح في التسليم باعتباره التزاماً في الهبة لا ركناً فيها ، فتصح في العقار ، وتصح في المنقول إذا لم تكن الهبة يدوية بل تمت بورقة رسمية أو كانت هبة مستترة . أما إذا كانت الهبة يدوية في المنقول فلا تتم إلا بالقبض ، ولا تعتبر هذه الصورة قبضاً كما سبق القول^(٢) . وقد تقدم الكلام في التسليم الحكيم في البيع ، وما قلناه هناك يسرى هنا^(٣) .

(١) انظر التفصيل في عقد البيع الوسيط ٤ فقرة ٣٠٥ - فقرة ٣٠٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٧ .

(٣) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٨ .

أما وقت تسليم الموهوب ، فالأصل أن يتم التسليم فوراً بمجرد تمام الهبة ، وهذا إذا لم يتفق المتعاقدان على وقت معين يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بالتسليم في وقت معين ، أو اقتضت طبيعة الموهوب شيئاً من الوقت في تسليمه . وتسرى على الهبة الأحكام المتعلقة بالبيع في هذا الصدد (١) .

ومكان تسليم الموهوب هو المكان الذي يكون موجوداً فيه وقت تمام الهبة . فإن كان منقولاً غير معين بالذات ، أو كان منقولاً معيناً بالذات ولكن لم يعين محل وجوده ، فالتسليم يكون في موطن الواهب لأنه هو المدين بالتسليم . وهذا كله ما لم يتفق المتعاقدان على مكان آخر يسلم فيه الموهوب (٢) .

ونفقات التسليم تكون في الأصل على الواهب ، لأنه هو المدين بالتسليم ، وتقضى المادة ٣٤٨ مدني بأن تكون نفقات الوفاء على المدين (٣) . ولكن يجوز الاتفاق على أن تكون النفقات على الموهوب له ، ويسهل استخلاص هذا الاتفاق ضمناً من ظروف الهبة ، وبخاصة إذا لوحظ أن الواهب يتجرد عن الموهوب بلا مقابل ، فمن اليسير استخلاص أنه لم يرد أيضاً تحمل نفقات التسليم (٤) .

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٩ .

(٢) انظر فيما يتعلق بالبيع الوسيط ٤ فقرة ٣١٠ .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ٦٧٨ من المشروع ، يجعل مصروفات تسليم الشيء على الموهوب له ، تفسيراً للهبة في أضيق حدودها (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٢ وس ٢٧٩) . ولكن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة ، وقيل في سبب حذفه إن أحكامه مستفادة من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ في ص ٢٧١ في الهامش) . والصحيح أن الاستفادة من القواعد العامة أن نفقات التسليم تكون على الملتزم به ، والملتزم بالتسليم هو الواهب لا الموهوب له .

(٤) انظر فيما يتعلق بالبيع الوسيط ٤ فقرة ٣١٢ .

١٠٦ - الجزء الذي ينرب على أهول الواهب بالتزام التسليم :

وإذا أخل الواهب بالتزام التسليم على النحو الذي قلّمناه ، فإن الموهوب له يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً ، فيجبره على التسليم . وذلك ما لم يكن للواهب حق الرجوع في الهبة واستعمل هذا الحق . أما فسخ الهبة لعدم التسليم ، فلا مصلحة للموهوب له في المطالبة به ، إلا إذا أراد التخلص من التزام فرضته الهبة عليه كعوض أو شرط .

١٠٧ - نبة هلك الموهوب قبل التسليم - نص قانوني : وإذا

هلك الموهوب قبل التسليم بسبب أجنبي ، فإنه يهلك على الموهوب له لا على الواهب ، بخلاف البيع . ذلك أن الهبة تكون عادة عقداً ملزماً لجانب واحد هو الواهب ، فإذا انفسخت لاستحالة التنفيذ لم يكن هناك التزام على الموهوب له يتحلل منه ، فيكون هو الذي تحمل تبعه الهلاك كما هو الأمر في سائر العقود الملزمة لجانب واحد . ولكن إذا كانت الهبة بعوض ، أو فرض على الموهوب له التزام أو شرط ، فإنه يتحلل منه بانفساخ الهبة لاستحالة تنفيذها ، وفقاً للقواعد العامة .

على أنه إذا هلك الموهوب قبل التسليم وكان ذلك بخطأ الواهب ، فإن كان الخطأ يسيراً بقيت تبعه الهلاك على الموهوب له ، ولم يكن الواهب مسئولاً عن التقصير اليسير . أما إذا تسبب الواهب في هلاك الموهوب بفعله العمد أو بخطأه الجسيم ، فإنه يصبح مسئولاً نحو الموهوب له عن تعويض عادل^(١) . ذلك أن الواهب ، إذا كان لا يسأل عن خطأه اليسير ، فإنه مسئول عن فعله العمد أو خطأه الجسيم ، وذلك وفقاً لما قرّره المادة ٤٩٦ مدني فهي تنص على أنه « لا يكون الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد

(١) ويقع عبء الإثبات بطبيعة الحال على الموهوب له ، فلا يستطيع أن يرجع بتعويض عادل على الواهب إلا إذا أثبت فعلاً عمدًا أو خطأ جسيماً في جانبه .

أو خطأه الجسيم»^(١) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وإذا هلك الموهوب قبل التسليم لسبب أجنبي ، فالحلاك على الموهوب له ، لأنه لم يدفع مقابلاً حتى يسرده كما في البيع . وإذا كان الهلاك بخطأ الواهب ، كان مسئولاً عن تعويض الموهوب له تعويضاً عادلاً . والخطأ الذى يسأل عنه الواهب لا يكون إلا العمد أو الخطأ الجسيم . . . لأنه متبرع»^(٢) . فإذا أتلف الواهب الموهوب كله أو بعضه ، وكان متعمداً إتلافه أو ارتكب في إتلافه خطأً جسيماً ، ولم يكن له حق الرجوع في الهبة ، فإنه يلتزم بتعويض الموهوب له عما أتلفه من الموهوب تعويضاً عادلاً يلاحظ فيه أنه متبرع لم يأخذ مقابلاً لما أعطى^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٧٧ من المشروع التمهيدى عل الوجه الذى استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٢٤ من المشروع النهائى . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب « استفسر في اللجنة عن كيف تتحقق مسئولية الواهب عن فعله العمد أو خطأه الجسيم ، فأجيب بأن ذلك يقع فعلاً في حالة ما إذا لم يسلمه الواهب الشيء وهلك قبل التسليم . فإن كان هلاكه قضاءً وقدرًا أو بتقصير غير جسيم ، فلا تتحقق مسئولية الواهب في هاتين الحالتين . أما إذا هلك بفعل الواهب العمد أو بخطأه الجسيم ، فإن مسئولية تتحقق » . ودافعت اللجنة على النص ، كما وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧١ وص ٢٧٣ - ص ٢٧٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، والظاهر أن القواعد العامة هي التي كانت تسرى ، وهذه تقضى بالمسئولية حتى عن الخطأ اليسير . والمبرة بتاريخ صدور الهبة ، فإن صدرت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين المدنى السابق هي التي تسرى . وإلا فأحكام التقنين المدنى الجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادة ٤٩٤ وحكمها مطابق - وفي التقنين المدنى الليبى المادة ٤٨٥ وحكمها مطابق أيضاً - وفي التقنين المدنى العراقى المادة ٦١٦ وحكمها مطابق كذلك . ولا مقابل بل لها في تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية في ٤ ص ٢٧٢ .

(٣) ويؤيد ذلك ما جاء في لجنة الشؤون التشريعية مما سبق بيانه (انظر مجموعة الأعمال

التحضيرية ٤ ص ٢٧٣ - ص ٢٧٤ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

المطلب الثالث

ضمان التعرض والاستحقاق

١٠٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٩٤ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب ، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر . وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض . كل هذا ما لم يتفق على غيره .

٢ - وإذا استحق الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولما كان حكماً موضوعياً في الهبة فقد كانت أحكام الفقه الإسلامي هي التي تسرى^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٧٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ - لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق ، أو إلا إذا كانت الهبة بعوض وفي هذه الحالة لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض ، كل هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ - وإذا استحق الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى » . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى بما جمل الحكم في الحالة الأولى مقصوراً على التمويض العادل حتى لا تسرى أحكام استحقاق المبيع عليها ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٥٢٢ في المشروع النهائي ، ووافق عليه ، مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف الإسكندرية بأنه لا معنى من الرجوع إلى الشريعة الفراء في أحكام الهبة باعتبارها من المسائل التي أسسها ونظمها الشرع وقصر القانون المدني عن الإحاطة بكل أسسها وضوابطها . وتقضى أحكام الشرع بأن الواهب لا يضمن للموهوب له التعرض =

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٦٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٨٣ - وفي التقنين المدني العراقي المائتين ٦١٤ - ٦١٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٥٢٢ (١) .

= الحاصل من فعل الغير والاستحقاق المترتب عليه . فإذا استحق الشيء الموهوب لمالكه الحقيقي فليس للموهوب له الذي انتزع منه أن يرجع على الواهب . ويترتب على ذلك أنه إذا كان العقد السائر للهبة هو بيع واستحق العقار الموهوب للغير ، فلا يجوز للموهوب له الرجوع على الواهب بالثمن المسمى في عقد البيع المذكور (١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٦) . فلا ضمان للاستحقاق إلا إذا ضمن الواهب بشرط خاص ، أو كان الاستحقاق يرجع إلى فعله (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٠ - ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥) .

والعبارة بتاريخ صدور الية ، فإن صدرت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام الفقه الإسلامي هي التي تسرى ، وإلا سرت أحكام التقنين المدني الجديد .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٦٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦١٤ (مطابق لنص المشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري) .

م ٦١٥ : إذا تلفت العين الموهوبة ، واستحقها مستحق ، وضمن المستحق الموهوب له ، فلا يرجع هذا على الواهب بما ضمن إلا بالقدر الذي يضمن به الواهب الاستحقاق وفقاً للأحكام السابقة . (والمفروض في هذا النص أن الموهوب له يعلم أن الموهوب غير ملوك الواهب ، ولذلك رجع عليه المستحق بالضمان . فلا يرجع هو بالضمان على الواهب إلا إذا كانت الهبة بموض ، فيرجع بقدر هذا الموض : انظر الأستاذ حسن الدنون فقرة ٣٣) ، وقارن المادة ٥٢٤ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٥٢٢ : يقوم الموهوب له مقام الواهب في جميع الحقوق والدعاوى المختصة به عند نزع اليد بالاستحقاق . على أن الواهب لا يلزم بضمان الأموال الموهوبة إلا إذا نص على العكس أو كانت الهبة مقيدة بتكليف ، وفي الحالة الأخيرة يكون الواهب مسئولاً عن الاستحقاق على قدر قيمة التكليف . (وتتفق هذه الأحكام في مجملها مع أحكام التقنين المصري ، إلا أن التقنين اللبناني لم يذكر حالة ضمان الواهب للاستحقاق إذا تعمد إخفاء صبه) .

١٠٩ - ضمان الواهب للتعرض الصادر منه : لم يذكر النص

المتقدم ضمان الواهب للتعرض الصادر منه ، واقتصر على ذكر ضمانه للتعرض الصادر من الغير ولاستحقاق العين الموهوبة . ومع ذلك فلا شك في أن الواهب يضمن التعرض الصادر منه ، فلا يجوز له أن يأتي أعمالاً مادية يتعدى بها على حقوق الموهوب له ، كما لا يجوز له أن يقوم بتصرفات قانونية يكون من شأنها أن تسلب الموهوب له حقوقه ، ما لم يكن ذلك رجوعاً في الهبة في الأحوال التي يجوز فيها ذلك . ولا يجوز له أخيراً أن يتعرض للموهوب له تعرضاً مبنياً على سبب قانوني . وقد فصلنا القول في هذه المسائل عند الكلام في البيع ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(١) .

١١٠ - ضمان الواهب للتعرض الصادر من الغير : ويضمن الواهب

التعرض الصادر من الغير ، وذلك إذا ادعى الغير حقاً على الموهوب سابقاً على الهبة ، أو تالياً لها وكان مستمداً من الواهب ، وذلك كله على النحو الذي قدمناه في ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير^(٢) .

فإذا رفعت على الموهوب له دعوى باستحقاق الموهوب ، فأخطر بها الواهب ، ولم يتدخل هذا في الدعوى ، وجب عليه ضمان الاستحقاق وفقاً للقواعد التي سنقررها فيما يلي ، إلا إذا ثبت أن الحكم الصادر في دعوى الاستحقاق كان نتيجة لتدليس من الموهوب له أو لخطأ جسيم منه . وإذا لم يخطر الموهوب له الواهب بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه في الرجوع بالضمان على الوجه الذي سنقرره إذا أثبت الواهب أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها . ويثبت حق الموهوب له في الضمان على الوجه الذي سنبينه ولو اعترف وهو

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٢٨ وما بعدها .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٣٨ وما بعدها .

حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، متى كان قد أخطر الواهب بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل ، كل ذلك ما لم يثبت الواهب أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه . وقد فصلنا القول في ذلك عند الكلام في ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير ^(١) .

١١١ - ضمان الواهب لاستحقاق الموهوب : فإذا نجح الأجنبي

المتعرض في دعوى الاستحقاق وقضى له به ، فإن الموهوب له لا يرجع على الواهب بضمان الاستحقاق في جميع الأحوال كما يرجع المشتري على البائع . ذلك أن الموهوب له بخلاف المشتري يتلقى الهبة تبرعاً ، فلا يرجع على الواهب إلا في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يكفي في ذلك أن يقرر للموهوب له أنه يملك الموهوب ، بل يجب أن يتعمد إخفاء سبب الاستحقاق ، كأن يخفى مستنداً يثبت حق الغير في الموهوب ، أو يطمس علامات ظاهرة لحق ارتفاق على العقار الموهوب » ^(٢) . وحتى في هذه الحالة لا يزال يدخل في الاعتبار أن الواهب متبرع ، فلا يعامل طبقاً للقواعد العامة بحيث يكون مسئولاً عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع بناء على تعمله إخفاء سبب الاستحقاق ، بل يقتصر القاضي على أن يقدر للموهوب له تعويضاً عادلاً يحدده بحسب الظروف ^(٣) ، ويعوضه بوجه خاص عما تحمل

(١) انظر للتوسط ٤ فقرة ٣٤٧ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٢ .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى يترك هذه الحالة للقواعد العامة ، وكان من مقتضى تطبيق هذه القواعد أن يكون الواهب مسئولاً عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع ، لأنه تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . ولذلك جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا -

من خسارة بسبب الاستحقاق . وإذا كان الموهوب له قد توفى استحقاق الموهوب بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للواهب إذا كانت له مصلحة في ذلك أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للموهوب له المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات^(١) .

(الحالة الثانية) إذا كانت الهبة بعوض ، أو كان الواهب قد فرض على الموهوب له التزامات أو شروطاً في مقابل الهبة . وفي هذه الحالة يضمن الواهب الاستحقاق ولو كان يجهل سببه ، ولكنه لا يكون مسئولاً إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض ، وإن كانت الهبة قد فرضت التزامات وشروطاً على الموهوب له تحلل هذا منها وبرئت ذمته ، وتقف عند ذلك مسئولية الواهب^(٢) . هذا إذا كان الواهب يجهل سبب الاستحقاق أو يعلمه ولم يتعمد إخفائه . أما إذا كان يعلم سبب الاستحقاق وتعمد إخفائه ، فلإننا نعود إلى الحالة الأولى ، ولا يقتصر التعويض على استرداد العوض أو التحلل من الالتزامات والشروط ، بل يجب أيضاً أن يعرض الموهوب له تعويضاً عادلاً على الوجه الذي بيناه فيما تقدم ، ولو جاوز ذلك مقدار العوض أو التحلل من الالتزامات والشروط^(٣) . ويجوز للواهب هنا أيضاً ، إذا كان الموهوب له قد توفى استحقاق الموهوب بدفع مبلغ من النقود

= الصدد : « ومسئولية الواهب إنما تكون عن الفشل الذي ارتكبه ، فهو مسئول عن الضرر الذي أصاب الموهوب له بسبب هذا الفشل ، سواء كان متوقفاً أو غير متوقع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٢) .

(١) انظر م ٤٤٢ مدني في البيع ، وانظر الوسيط ٤ فقرة ٣٥٤ .

(٢) وفي الفقه الحقن إذا استحققت الهبة ، فللموهوب له الرجوع في جميع العوض الذي أداه إن كان قائماً وبمثله إن كان هالكاً وهو مثل أو بقيته إن كان قيمياً . وإن استحق نصف الهبة ، رجع بنصف العوض (انظر م ٥٢٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

أو بأداء شيء آخر ، أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للموهوب له المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، وهذا إذا رأى له مصلحة في ذلك^(١) .

وفي جميع الأحوال - أى في الحالتين السابقتين وفي حالة ما لو كانت الهبة بغير عوض وكان الواهب لم يتعمد إخفاء سبب الاستحقاق - يحل للموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى (م ٤٩٤ / ٢ مدني ، السالفة الذكر) . فإذا فرض أن الواهب كان قد اشترى العين الموهوبة ، ثم استحققت العين في يد الموهوب له ، فإن للواهب أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع له ، ويحل الموهوب له في هذا الحق محل الواهب . كذلك إذا كان سبب الاستحقاق أن الواهب قد باع العين الموهوبة قبل الهبة ولم يقبض ثمنها ، فرجع المشتري من الواهب على الموهوب له باستحقاق العين ، فإن الموهوب له يحل محل الواهب في الرجوع بالثمن على المشتري^(٢) .

١١٢ - الاتفاق على تعريض الضمان : ويجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، فيتفقا مثلاً على أن الموهوب له يرجع

(١) وفي غير هاتين الحالتين ، أى حتى لو لم يخف الواهب سبب الاستحقاق ولم تكن الهبة بعوض ، يمرض الواهب الموهوب له ما تحمله من خسارة كمصروفات دعوى الاستحقاق ومصروفات عقد الهبة ، إذا ثبت على الواهب الفعل العمد أو الخطأ الجسيم ، أى إذا كان يعلم أن الشيء الموهوب غير مملوك له أو كان عدم علمه بذلك يرجع إلى خطأ جسيم في جانبه ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٤٩٦ مدني لا تطبيقاً لقواعد ضمان الاستحقاق (انظر في هذا المعنى الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٧٢ ص ١٤٩ هامش رقم ١ - وقارن الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ١٠٩ ص ١٤٥ ، والأستاذ أكثم الخول فقرة ١١٥) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وإذا استحق الموهوب وكان للواهب حقوق قبل المستحق ، كما إذا كان قد باع الموهوب قبل الهبة ولم يقبض ثمنه ، فإن الموهوب له يحل محل الواهب في هذه الحقوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٢) .

على الواهب بضمان الاستحقاق كما يرجع المشتري على البائع حتى لو كان الواهب يجهل سبب الاستحقاق . كما يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن الموهوب له يرجع بضمان الاستحقاق كاملاً ولا يقتصر على استرداد العوض ، إذا كانت الهبة بعوض .

كذلك يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن ينقضا من ضمان الاستحقاق ، فيتفقا مثلاً على أن الواهب لا يضمن ما عسى أن يظهر على العقار الموهوب من حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها الواهب ولو كانت الهبة بعوض ، فإذا ظهرت حقوق ارتفاق على العقار الموهوب لم يضمنها الواهب ، ولم يجوز للموهوب له أن يسترد العوض أو شيئاً منه في هذه الحالة . ويبدو أن الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدني الواردة في البيع تسري على الهبة من باب أولى ، فقد نصت هذه الفقرة على ما يأتي : « ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » . يفترض إذن أن الواهب قد اشترط عدم ضمان حق الارتفاق إذا كان الموهوب له يعلم بهذا الحق من كونه ظاهراً أو من إخطار الواهب له به ، على النحو الذي بسطناه في البيع^(١) .

ويجوز أخيراً للمتعاقدين باتفاق خاص أن يسقطا ضمان الاستحقاق ، فيتفقا مثلاً على أن الموهوب له لا يرجع على الواهب بضمان الاستحقاق أصلاً حتى لو كانت الهبة بعوض . ولكن لا يجوز الاتفاق على إسقاط ضمان الاستحقاق أو إنقاصه في حالة ما إذا تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق ، وذلك قياساً على ما ورد في البيع فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدني على ما يأتي : « ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق لأجنبي »^(٢) .

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٥٨ .

(٢) ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « ويجوز الاتفاق =

المطلب الرابع

ضمان العيوب الخفية

١١٣ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٩٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

- « ١ - لا يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب » .
- « ٢ - على أنه إذا تعمد الواهب إخفاء العيب ، أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب ، كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب . ويكون كذلك ملزماً بالتعويض إذا كانت الهبة بعوض ، على ألاّ يجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من هذا العوض » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولما كان حكماً موضوعياً في الهبة فقد كانت أحكام الفقه الإسلامي هي التي تسرى (٢) .

= على إسقاط الضمان أو تخفيفه أو تشديده ، ولكن لا يجوز للواهب أن يشترط إسقاط الضمان الذي يترتب على سوء نيته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٧٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، إلا أن عبارة « كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب » الواردة في الفقرة الثانية وردت في المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يلحقه بسبب العيب » . وأقرت لجنة المراجعة النص على أصله ، وأصبح رقمه ٥٢٣ في المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استبدلت بعبارة « الذى يلحقه بسبب العيب » عبارة « الذى يسببه العيب » ، حتى لا يكون العيب نفسه محلاً للتعويض ، بل يكون التعويض عن الضرر الذى يسببه العيب ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافق مجلس النواب عليه كما أقرته لجنته ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٩ - ص ٢٧٠) .

(٢) وفى الفقه الإسلامى لا يضمن الواهب العيوب الخفية . والعبرة بتاريخ صدور =

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٦٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٨٤ - ولا مقابل له لا في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) .

١١٤ - منى بضم الواهـب العيوب الخفية في الموهوب : يخلص من النص المتقدم الذكر أن الأصل في الهبة أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية لأنه متبرع ، والمفروض أنه لا يريد الجمع بين تجرده من ماله دون مقابل والضمان .

ومع ذلك يضمن الواهب العيوب الخفية في العين الموهوبة في الأحوال التي يضمن فيها الاستحقاق ، وهي :

أولاً - إذا تعمد الواهب إخفاء العيب ، فلا يكفي إذن أن يكون الواهب عالماً بالعيب ، بل يجب أيضاً أن يتعمد إخفاءه . فإذا كان عالماً بالعيب ولكنه لم يتعمد إخفاءه ، لم يجب عليه الضمان .

ثانياً - إذا كانت الهبة بعوض أو في مقابل التزامات وشروط فرضت على الموهوب له ، ففي هذه الحالة يجب على الواهب ضمان العيوب الخفية حتى لو لم يكن يعلم بها ، ولكن على ألاّ يجاوز التعويض قدر العوض أو المقابل كما سيأتي .

الهبة ، فإن صدرت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام الفقه الإسلامي ، وإلا فأحكام التقنين المدني الجديد .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٦٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٨٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل ، فتسرى أحكام الفقه الإسلامي (انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل ، فتسرى القواعد العامة وهي قريبة من أحكام التقنين المصري .

ثالثاً - إذا ضمن الواهب باتفاق خاص خلو العين الموهوبة من العيوب ،
ثم ظهر عيب . ففي هذه الحالة يجب على الواهب ضمان العيب ، حتى لو لم
يكن يعلم به وحتى لو كانت الهبة بغير عوض أو أى مقابل آخر .
وتحديد ما هو المقصود بالعيب الخفى ، وأنه يجب أن يكون موثقاً قديماً
خفياً غير معلوم للموهوب له ، يرجع فيه إلى ما سبق أن قدمناه فى العيوب
الموجبة للضمان فى عقد البيع^(١) .

١١٥ - ما يرجع به الموهوب له فى ضمانه العيب : فإذا وجب على

الواهب ضمان العيب فى أية حالة من الحالات المتقدمة الذكر ، فإن التعويض
الواجب عليه دفعه للموهوب له يراعى فيه هنا أيضاً كما روعى فى ضمان
الاستحقاق أن الواهب متبرع ، فيكون أقل من التعويض الواجب على البائع
دفعه للمشتري فى ضمان العيب الخفى .

ففى حالتى تعتمد انواهب إخفاء العيب وضمانه خلو العين الموهوبة من
العيوب ، لا يلزم بتعويض الموهوب له إلا عن الضرر الذى يسببه العيب .
فلا يعوض إذن الموهوب له عن العيب ذاته ، أى عن نقص قيمة العين
الموهوبة بسبب العيب^(٢) وإنما يعوضه عما سببه العيب من الأضرار ، كأن
كان الموهوب حيواناً مصاباً بمرض معد خفى فأعدى حيوانات الموهوب له ،
أو كان الموهوب آلة ميكانيكية بها عيب خفى فأتلفت مالا للموهوب له
بسبب هذا العيب ، أو كان الموهوب داراً انهدمت بسبب عيب خفى فيها
فألحق انهدامها ضرراً بمال للموهوب له وضعه فى هذا الدار . وقد كان

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ٣٦٤ وما بعدها .

(٢) ولا يعوض الواهب عن العيب ذاته ، ويعوض عن الاستحقاق إذا أخفى سببه تعريضاً
عادلاً . وقد رأى المشرع التفريق بين العيب والاستحقاق فى هذا الصدد ، إذ العيب أخف جسامه
من الاستحقاق (قارن الأستاذ أكرم الخولى فقرة ١١٢) .

المشروع التمهيدى لنص المادة ٤٩٥ مدنى يلزم الواهب « بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يلحقه بسبب العيب » ، فكان يدخل فى التعويض نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب . ولكن لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أدخلت تعديلا فى هذه العبارة ، فصار الواهب « ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يسببه العيب » ، وذلك « حتى لا يكون العيب نفسه محلاً للتعويض ، بل يكون التعويض عن الضرر الذى يسببه العيب »^(١) .

وفى حالة ما إذا كانت الهبة بعوض أو بمقابل ، وظهر بالعين عيب خفى يضمنه الواهب ، فإنه يعرض الموهوب له عن الأضرار التى لحقت به بسبب العيب ، وكذلك عن نقص قيمة العين الموهوبة ، على ألاّ يجاوز التعويض فى كل ذلك مقدار العوض أو المقابل المشروط على الموهوب له . فإذا كان الواهب قد تعمد إخفاء العيب فى الهبة بعوض أو بمقابل ، أو ضمن خلو العين من العيوب ، وجب عليه تعويض الموهوب له عن كل الخسارة التى تسبب فيها العيب على الوجه الذى سبق بيانه ، ولو جاوزت هذه الخسارة مقدار العوض أو المقابل^(٢) .

١١٦ - ايقاف على تمثيل : ويجوز باتفاق خاص بين المتعاقدين

تعديل أحكام ضمان العيب المتقدمة الذكر . وقد رأينا أن الواهب يجب عليه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٠ - وانظر آنفاً فقرة ٥٤٦ فى الهامش .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٣ - ويبدو أن المادة ٥٢ مدنى المتعلقة بتقادم دعوى ضمان العيب الخفى فى عقد البيع بانقضاء سنة من وقت تسليم البيع خاصة بعقد البيع وحده ، فلا تسرى على دعوى ضمان العيب الخفى فى عقد الهبة (انظر آنفاً فقرة ٣٧٧) .

هذا ويحل الموهوب له محل الواهب فيما لهذا من حقوق ودعاوى بسبب العيب الخفى على النحو الذى رأيناه فى ضمان الاستحقاق (انظر آنفاً فقرة ٤٤٤) . فإذا كان الواهب مثلاً حق الرجوع بالعيب الخفى عن من تلقى منه الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محله فى هذه الدعوى .

ضمان العيب إذا هو ضمن خلو العين الموهوبة من العيوب ، فهذا اتفاق خاص من شأنه إيجاد ضمان لم يكن واجباً عليه . ويجوز كذلك الاتفاق على تشديد هذا الضمان ، بأن يتفق المتعاقدان مثلاً على أن يضمن الواهب ، ليس فحسب الخسارة التي سببها العيب ، بل أيضاً نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب .

ويجوز الاتفاق على إنقاص الضمان ، كأن يتفق المتعاقدان على ألا يضمن الواهب عيباً معيناً بالذات في الهبة بعوض ، فإذا ظهر هذا العيب لم يكن الواهب ملزماً بتعويض الموهوب له عنه حتى في حدود العرض :

ويجوز الاتفاق أخيراً على إسقاط الضمان ، كأن يتفق المتعاقدان على ألا يضمن الواهب أى عيب يظهر في العين الموهوبة في الهبة بعوض حتى في حدود هذا العوض . ولكن لا يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان ولا على إنقاصه في حالة تعمد الواهب إخفاء العيب .

المبحث الثاني

التزامات الموهوب له

١١٧ - **التزامات الموهوب له** : الأصل أن الموهوب له لا يلتزم بشيء ،

إذ يغلب أن تكون الهبة تبرعاً محضاً فتكون عقداً ملزماً لجانب واحد هو جانب الواهب دون جانب الموهوب له . ولكن حتى في هذه الحالة يفرض في كثير من الأحوال أن المتعاقدين قد أرادا أن يتحمل الموهوب له نفقات عقد الهبة ونفقات التسلم على نحو ما يلتزم به المشتري .

وقد تكون الهبة بعوض أو بمقابل من التزامات أو شروط تفرض على الموهوب له ، ففي هذه الحالة يلتزم الموهوب له بأداء هذا العوض أو المقابل .

ومن ثم تكون التزامات الموهوب له المحتملة التزامين : (١) الالتزام بأداء العوض أو المقابل . (٢) الالتزام بنفقات الهبة .

المطلب الأول

الالتزام بأداء العوض أو المقابل

١١٨ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٩٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة » .
وتنص المادة ٤٩٨ على ما يأتي :

« إذا تبين أن الشيء الموهوب أقل في القيمة من العوض المشروط ، فلا يكون الموهوب له ملزماً بأن يؤدي من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب »^(١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٩٧ : ورد هذا النص في المادة ٦٧٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وكان المشروع التمهيدى يزيد فقرة ثانية نصها كالآق : « ويكون الواهب الحق في اقتضاء العوض إذا هو قام بتنفيذ الالتزامات التي يخرسها عليه هذه الهبة . وينتقل هذا الحق من الواهب إلى ورثته . ويجوز للأجنبي الذي اشترط العوض لمصلحته أن يطالب بأداء العوض ، وفقاً للأحكام المتعلقة بالاشتراك في المصلحة الغير ، فإذا كان العوض مشروطاً للمصلحة العامة ، ١١٣ » مع احتصة ، بعد موت الواهب ، حق المطالبة بأدائه » . وقد حذفت هذه الفقرة الثانية في لجنة المراجعة ، لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة ، وأصبح رقم المادة ٥٢٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٦) .

م ٤٩٨ : ورد هذا النص في المادة ٦٨١ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٢٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨ ؛ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٨) .

ولا مقابل هذين النصين في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة .

ويقابلان في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٤٦٥ - ٤٦٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٨٦ - ٤٨٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٦١٨ - ولا مقابل لهما في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) .

١١٩ - العوض المشرط : قدما أن الواهب قد يشترط على الموهوب له عوضاً يؤديه في مقابل اذبة . فقد يهب داراً ويشترط على الموهوب له أن يرتب له إيراداً طول حياته يقرب من ربع الدار ، أو أن ينفق عليه ، ويكون العوض في هذه الحالة لمصلحة الواهب . وقد يكون العوض لمصلحة أجنبي ، كأن يهب الواهب الدار ويشترط على الموهوب له أن يسكن معه فيها أحد أقاربه . وقد يكون العوض للمصلحة العامة ، كأن يهب شخص مالا لجمعية خيرية ويشترط عليها أن تنشئ مستشفى أو مدرسة أو ملجأ أو نحو ذلك (٢) .

وحتى تحتفظ الهبة بطابعها التبرعي ، يجب أن تكون قيمة العوض المشروط أقل من قيمة المال الموهوب ، حتى يكون الفرق بين القيمتين هبة

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٦٥ - ٤٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٨٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦١٨ (مطابق للمادة ٤٩٧ من التقنين المدني المصري - ولا مقابل

في التقنين المدني العراقي للمادة ٤٩٨ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل ، ولكن نصوص التقنين المصري تنفق

مع القواعد العامة .

(٢) انظر آتياً فقرة ٩١ .

محضة . أما إذا كانت قيمة العوض تقرب من قيمة المال الموهوب أو تزيد عليها ، ويعلم الموهوب له ذلك ، فإن العقد يكون معاوضة لاهبة . لكن قد يشترط الواهب على الموهوب له عوضاً تزيد قيمته على قيمة المال الموهوب ، دون أن يعلم الموهوب له ذلك بل يكون معتقداً وقت قبول الهبة أن العوض لا تزيد قيمته على المال الموهوب . ففي هذه الحالة قد يستطيع الموهوب له أن يطلب إبطال الهبة لغلط جوهرى . وهو على كل حال ، ما دام قد قبل التعاقد على أنه هبة ، لا يكون ملزماً بأن يؤدي من العوض إلا بمقدار قيمة المال الموهوب ، فيجب إنقاص العوض إلى هذا المقدار (م ٤٩٨ مدنى) .

١٢٠ - من له هي المطالبة بالعوض : وإذا قام الواهب بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه عقد الهبة ، كان له الحق في مطالبة الموهوب له بأداء العوض المشروط ، سواء كان العوض مشروطاً لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة . وينتفل هذا الحق من الواهب إلى ورثته :

فإذا كان العوض مشروطاً لمصلحة أجنبي ، جاز لهذا الأجنبي أيضاً أن يطالب بأداء العوض ، طبقاً للقواعد العامة المقررة في الاشتراط لمصلحة الغير :

وإذا كان العوض مشروطاً للمصلحة العامة ، جاز لكل من الواهب ومن يمثل هذه المصلحة المطالبة بأداء العوض . فإذا مات الواهب ، كان لمن يمثل المصلحة العامة أو للسلطة المختصة هذه المطالبة .

وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، وقد كان المشروع التهديدى يشتمل على نص في هذا المعنى حذف في لجنة المراجعة ، لأن حكمه مستفاد من هذه القواعد^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٦ - وانظر آنفاً فقرة ١١٨ في الهامش .

١٢١ - جزاء الإخلال بالنزاهة الوفاء بالعوض : وقد كان

المشروع التمهيدى يشتمل على نص هو المادة ٦٨٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « (١) إذا اشترط الواهب العوض لمصلحته ، وامتنع الموهوب له عن أدائه دون عذر مقبول ، كان للواهب أو لورثته من بعده أن يسترد الشيء الموهوب وفقاً لأحكام الإثراء دون سبب ، وبالقدر الذى كان ينبغي أن يستخدم الشيء لأداء العوض . (٢) ويكون الرد بدفع هذا المقابل نقداً ، حتى لو لم ترد الهبة على نقود . على أنه يجوز للموهوب له أن يتخلص من الالتزام بدفع هذه القيمة ، إذا هو رد الموهوب ذاته فى الحالة التى يكون عليها وقت الرد . (٣) ولا يكون هناك محل للرد إذا تمحض العوض لمصلحة أجنبى ، كما أنه لا يثبت هذا الحق لورثة الواهب إذا كان العوض مشروطاً لمصلحة عامة » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (١) .

فلا يبقى إذن ، بعد حذف النص المتقدم الذكر ، إلا تطبيق القواعد العامة فى التعرف على جزاء الإخلال بالالتزام الوفاء بالعوض . وهذه تقضى بأنه إذا امتنع الموهوب له عن أداء العوض دون عذر مقبول وكان العوض مشروطاً لمصلحة الواهب ، فالواهب أو لورثته من بعده المطالبة بالتنفيذ العيى وإجبار الموهوب له على أداء العوض عيى إذا كان ذلك ممكناً . فإذا لم يكن التنفيذ العيى ممكناً ، وجب على الموهوب له التعويض طبقاً للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن . ويجوز أيضاً للواهب أو لورثته المطالبة بفسخ الهبة لعدم أداء العوض (٢) ، لأن الهبة بعوض عقد ملزم للجانبين ، يرد عليه الفسخ طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن . ولكن يستطيع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٥ فى الهامش .

(٢) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة ١١ ديسمبر سنة ١٩١٧ جازيت ٨ رقم ٢٩

الموهوب له أن يتفادى الفسخ بأن يعرض الوفاء بالعوض عيناً إذا كان ذلك ممكناً .

وإذا كان العوض مشروطاً لمصلحة أجنبي ، جاز لكل من الواهب الأجنبي المطالبة بالتنفيذ العيني . وجاز أيضاً للواهب وحده أن يطلب فسخ الهبة ، ولا يضيع الفسخ على الأجنبي حقه إذا كان قد قبل الاشتراط لمصلحته ، فيرجع بما يعادل العوض على الواهب ، إلا إذا كان الاشتراط بالنسبة إلى الأجنبي تبرعاً يجوز للواهب الرجوع فيه . وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة المقررة في الاشتراط لمصلحة الغير^(١) .

وإذا كان العوض مشروطاً لمصلحة عامة ، جاز لكل من الواهب وممثل هذه المصلحة المطالبة بالتنفيذ العيني كما سبق القول . وجاز أيضاً للواهب وحده أن يطلب فسخ الهبة ، على أن يؤدي العوض المشروط للمصلحة العامة ما لم يكن تبرعاً يجوز الرجوع فيه .

هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة ، فلا يسرى من أحكام النص المحذوف إلا ما يتفق مع هذه القواعد ، أما ما خرج عليها فلا يسرى لأن النص قد حذف^(٢) .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٣٧٨ ص ٥٧٨ .

(٢) فلا يسرى من أحكام النص المحذوف استرداد الواهب أو ورثته مقابل نقدياً للعوض حتى لو لم ترد الهبة على نقود ، وعدم جواز فسخ الهبة من الواهب إذا تمحض العوض لمصلحة أجنبي ، أو من ورثته إذا كان العوض مشروطاً لمصلحة عامة .

وليس للعوض حق امتياز على الشيء الموهوب ، لأن الامتياز إنما يتقرر للثمن على الشيء المبيع ، فإذا كانت حقيقة الهبة بيعاً وكان العوض هو الثمن كان هناك امتياز (الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ، ص ١٥١) .

وإذا وفي الموهوب له العوض ثم استحق في يد الواهب ، جاز أن يرجع في هبته . وإن ورد الاستحقاق على بعض العوض ، فلا يرجع بشيء حتى يرد ما بقى من العوض . لأن الباقي منه يصلح لإسقاط الرجوع ، ولهذا لو عوضه هذا القدر من الابتداء سقط به حقه فيه . إلا أنه لم يرض =

١٢٢ - العوض هو الوفاء بربوبه الواهب - نص قانوني :

قدمنا أن الواهب قد يشترط على الموهوب له مقابلاً لهبته ، وتكون لهذا المقابل صور مختلفة . فقد يفرض الواهب على الموهوب له شروطاً والتزامات لمصلحة الموهوب له نفسه ، وقد يفرض عليه مقابلاً لمصلحته هو أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة كما رأينا في العوض^(١) .

وقد يشترط الواهب مقابلاً هو أن يفي الموهوب له بديون الواهب . وفي هذا المعنى ورد نص صريح في التقنين المدني هو المادة ٤٩٩ مدني ، وتجري على الوجه الآتي : " ١ - إذا اشترط الواهب عوضاً عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزماً إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ، هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ - وإذا كان الشيء الموهوب مثقلاً بحق عيني ضماناً لدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك " (٢) .

= بسقوط حقه إلا بسلامة كل العوض ، فإذا لم يسلم له كله ، كان له الخيار إن شاء رضى بما بقي من العوض ، وإن شاء رد الباقي عليه ورجع في الهبة (انظر مختصر الأستاذ محمد زيد ص ٤٣٦ - ص ٤٣٧ . وانظر م ٥٢٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٩١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٨٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٢٧ من المشروع النهائي ، ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٨ - ص ٢٧٩ وص ٢٨١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم تطبيق القواعد العامة .

ويقابل في للتقنينات المدنية للحرية الأخرى : في التقنين المدني السوري ٤٦٧ (مطابق) -

وفي التقنين المدني الليبي م ٤٨٨ (مطابق) - وفي التقنين المدني العراقي م ٦١٩ (مطابق) -

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٥٢٣ ، وتجري على الوجه الآتي : « إذا كانت الهبة =

فلذا اشترط الواهب على الموهوب له وفاء ديونه ، وأطلق دون أن يعين هذه الديون ، فالمفروض أنه أراد الديون الموجودة وقت تمام الهبة ، لا الديون التي تجدد بعد ذلك ، وذلك تفسيراً للالتزام في أضيق حدوده لصلحة المدين : فيجب في هذه الحالة أن يقوم الموهوب له بوفاء هذه الديون دون غيرها ، فإذا وفاها برئت ذمته من التزامه نحو الواهب ، وإذا لم يوفها واضطر الواهب إلى وفائها يرجع هذا عليه بما وفى . والتزام الواهب بوفاء الديون هو التزام نحو الواهب لا نحو أصحاب هذه الديون ، فليس لهؤلاء - ما لم يكن الواهب قد اشترط لمصلحتهم - أن يجبروا الموهوب له أن يوفيه هذه الديون ، وإنما يرجعون بديونهم على الواهب ، وهذا يرجع على الموهوب له كما قدمنا . ويجب ألا تزيد قيمة الديون التي تعهد الموهوب له بوفائها على قيمة المال الموهوب ، وألا يلتزم الموهوب له إلا بأداء قيمة ما يساوى قيمة المال الموهوب من الديون (م ٤٩٨ مدنى) .

وقد يشترط الواهب على الموهوب له الوفاء بديون جدد بعد الهبة ، ولا بد من اتفاق خاص على ذلك ، ويجب ألا يكون مجموع الديون التي يتعهد الموهوب له بوفائها تزيد قيمته على قيمة المال الموهوب كما سبق القول .

وإذا كانت العين الموهوبة مثقلة بحق عيني ضمانا لدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر ، فالمفروض دون حاجة إلى اتفاق خاص أن الواهب قد أراد من الموهوب له أن يدفع هذا الدين كعوض في الهبة ، فيكون الموهوب له ملتزماً نحو الواهب بوفاء هذا الدين ، ما لم يشترط في عقد الهبة عدم التزامه به . والحق العيني الذى ينقل العين الموهوبة ضماناً

= مقيدة بشرط إيفاء ديون الواهب ، فلا يدخل تحت هذا الشرط إلا الديون التي عقدت قبل الهبة ، ما لم ينص على العكس ، (والنص متفق في الحكم مع الفقرة الأولى من نص التقنين المصرى ، أما الفقرة الثانية من هذا التقنين الأخير فتتنق مع القواعد العامة) .

لدين قد يكون رهناً رسمياً أو حق اختصاص أو رهناً حيازياً أو حق امتياز . فإذا كان الدين المضمون بهذا الحق العيني ثابتاً في ذمة الواهب ، أداه الموهوب له ، ولم يرجع على الواهب ما دام الدين لا يزيد على قيمة المال الموهوب . أما إذا كان الدين ثابتاً في ذمة الغير ، وجب أيضاً على الموهوب له أن يؤديه ، ولكنه يرجع على المدين الأصلي بما وفاه عنه كما كان يرجع الواهب^(١) .

وسواء افترض أن الموهوب له قد التزم نحو الواهب بأداء الدين المضمون بالحق العيني أو لم يفترض ذلك بأن اشترط الموهوب له في عقد الهبة عدم التزامه بالدين ، فإن الموهوب له باعتباره قد انتقلت إليه ملكية العين المثقلة بالحق العيني يكون مسئولاً عن الدين نحو الدائن مسئولية عينية ، وللدائن حق التبع بفضل حقه العيني فيتقاضى الدين من العين الموهوبة . ويرجع الموهوب له عندئذ على المدين الأصلي إذا كان الدين في ذمة الغير ، كما سبق القول . أما إذا كان الدين في ذمة الواهب ، ولم يشترط الموهوب له عدم التزامه به ، فإنه يكون بالنسبة إلى الدائن في موقف المحال عليه ، ويبقى الواهب ملزماً هو أيضاً بالدين حتى يقر الدائن هذه الحوالة وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٢٢ مدني . وإذا اشترط الموهوب له عدم التزامه بالدين ، ولكن اضطر إلى دفعه بموجب الحق العيني الذي يثقل العين الموهوبة ، فإنه يرجع في هذه الحالة على الواهب بما دفع .

وليس فيما قدمناه إلا تطبيق للقواعد العامة ، وقد ورد ذكر كل ذلك في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(٢) .

(١) قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٧٦ - والأستاذ أكثم الخولي ص ١٦٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١ .

المطلب الثاني

الالتزام بنفقات الهبة

١٢٣ - **الأصل أنه تكون نفقات الهبة على الموهوب له :** الأصل قياساً على البيع - أن تكون نفقات الهبة ، من مصروفات العقد وأتعاب المحامى ورسوم الدمغة والتسجيل ومصروفات تسليم العين الموهوبة ونقلها ، على الموهوب له . وذلك تفسيراً للهبة في أضيق حدودها ، فلا يجمع الواهب بين التجرد عن ماله دون مقابل وبين تحمل هذه المصروفات . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذا المعنى ، هو نص المادة ٦٧٨ ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « نفقات الهبة على الموهوب له ، ويدخل في ذلك مصروفات العقد ورسوم الدمغة والتسجيل وما يصرف في تسليم الشيء الموهوب^(١) وتسلمه ونقله ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأن أحكامه مستفادة من القواعد العامة^(٢) .

١٢٤ - **ولكن يجوز بالاتفاق أنه تكون هذه النفقات على الواهب :** ولكن الغالب في الهبة المحضة أن يكون الواهب قد أراد أيضاً أن يتحمل هذه النفقات حتى يصل المال الموهوب إلى الموهوب له خالصاً من كل تكليف . فيجوز إذن الاتفاق على أن يتحمل الواهب مصروفات العقد ، بل ومصروفات تسليم العين الموهوبة ، ويجوز أن يستخلص وجود هذا الاتفاق ضمناً من ظروف الهبة^(٣) .

(١) كان هذا النص يقضى أيضاً ، كما ترى ، بحمل مصروفات التسليم على الموهوب له خلافاً للقواعد العامة . فلما حذف ، وجب الرجوع إلى القواعد العامة ، فتصبح هذه المصروفات على الواهب (انظر آنفاً فقرة ١٠٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧١ - انظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٢١٧ من التفتين المدق المراقى (الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٨) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للشرح التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٩ .

الفرع الثاني

الرجوع في الهبة

١٢٥ - هو الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي : سار التقنين

المدني الجديد على تقاليد التقنين المدني السابق ، وهذه تقضى اتباعاً للمذهب الحنفي في الفقه الإسلامي بجواز الرجوع في الهبة إلا إذا قام مانع من الرجوع .

ولم تتفق مذاهب الفقه الإسلامي في جواز الرجوع في الهبة ، فالمذهب الحنفي هو الذي يجيز الرجوع إلا لمانع . ولما كان هو المذهب الذي يسرى على الأحكام الموضوعية للهبة في عهد التقنين المدني السابق ، فقد استبقاه التقنين الجديد .

أما المالكية والشافعية والحنابلة فلا يجيزون الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة ، هي حالة هبة الوالد لولده^(١) . وهي ما تسمى عند المالكية باعتصار الهبة^(٢) ، فيعصر الأب - أي يأخذ قهراً - ما وهبه لولده . وتستند هذه المذاهب الثلاثة إلى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها ، إلا الوالد فيما يعطي ولده » . فإذا وهب الوالد ولده ، ذكراً أو أنثى ، مالا ، فله أن يرجع في هبته إذا رأى وجوب التسوية بين أولاده في ماله ، فلا يؤثر أحدهم بهبة دون الآخرين . وفي مذهب مالك إذا وهبت الأم ولدها هبة ، فإن كان وقت الهبة كبيراً كان لها الاعتصار ، وإن كان صغيراً كان لها الاعتصار إن كان للصغير أب نجب

(١) وهناك رأى في الفقه الإسلامي - يحكى عن أهل الظاهر وهو رواية عن أحمد بن حنبل - يقضى بأنه لا يجوز الرجوع في الهبة أصلاً ، ويشمل المنع من الرجوع هبة الوالد لولده . ويستدل أصحاب هذا الرأي بالحديث : « العائد في هبته كالعائد في قبته » ، وبأن الهبة عقد تمليك منجز كالبيع فلا يجوز الرجوع فيها (المنفى ٥ ص ٦٠٨) .

(٢) انظر في اعتصار الهبة في مذهب مالك الخرشي ٧ ص ١١٣ - ص ١١٥ .

نفقته عليه . وفي مذهب الشافعي إن وهب الوالد للولد أو ولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع ، لأن الأب لا يهتم في رجوعه فهو لا يرجع إلا للضرورة أو لإصلاح الولد . وكما يجوز الرجوع للأب والجد ، يجوز الرجوع للأم والجدة ، وقيل لا رجوع إلا للأب والأم فقط ، وقيل للأب فقط . وفي مذهب أحمد بن حنبل للأب الرجوع فيما وهب لولده ، وظاهر المذهب أن ليس للأم الرجوع .

وأما عند الحنفية ، فالموهوب له يملك الموهوب ملكاً غير لازم ، فيجوز للواهب الرجوع في هبته كما سبق القول . ويستندون في ذلك إلى حديثين عن النبي عليه السلام ، أحدهما يقول « الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها » ، والآخر يقول « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع » . ويؤيدون جواز الرجوع في الهبة بأن الواهب إنما قصد من هبته غرضاً ، قد يكون صلة الرحم وقد يكون العوض المالى وقد يكون نيل الثواب وقد يكون التودد والمجاملة وقد يكون غير ذلك . فإذا ظهر أن غرضه قد تحقق ، كما في صلة الرحم والعوض المالى ونيل الثواب ، لم يجوز له الرجوع . ومن ثم لا يجوز الرجوع في الهبة ما بين الزوجين والهبة لذي رحم محرم والهبة بعوض والصدقة . وفيما عدا ذلك يترك الأمر إليه ، فهو الذى يكشف عن ذلك بالرجوع في الهبة إذا كان غرضه لم يتحقق ، وبعدم الرجوع إذا كان غرضه قد تحقق . وإنما ترك الأمر إليه وحده لأن الغرض الذى قصد إليه من الهبة أمر خفى لا نستطيع تبينه ، فكان له القول الفصل في ذلك . ومن ثم جاز له الرجوع في الهبة ، على ألا يتعارض مع حقه في الرجوع حق آخر ، أى على ألا يوجد مانع من الرجوع يبطل حقه^(١) .

(١) جاء في المبسوط للسرخسي (جزء ١٢ ص ٥٣ - ص ٥٤) : « المقصود من الهبة للأجانب العوض والمكافأة ، والمرجع في ذلك إلى العرف والعادة الظاهرة أن الإنسان يهدى إلى من فوقه ليصوفه بخادمه ، وإلى من دونه ليخدمه ، وإلى من يساويه ليعوضه . . . وبهذا يتبين =

١٢٦ - من الرجوع في الهبة في التقنين المدني : وقد سار التقنين

« أن حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا ، بل لتكن الخلل في المقصود بالمقد على معنى أن المعروف كالشروط . ولا يقال إنما يقصد العوض بالتجارات فأما المقصود بالهبة إظهار الجود والسخاء والتودد والتحبب وقد حصل ذلك ، وهذا لأن العوض في التجارات مشروط وفي التبرعات مقصود ، ومعنى إظهار الجود أيضاً مقصود ، وإنما يمكن الخلل في بعض المقصود ، وذلك يكفي للفسخ . . وقد بينا الفرق بين هذا والأخوين والزوجين لحصول ما هو المقصود هناك وتمكن الخلل فيما هو المقصود هنا ، ولهذا يحتاج إلى القضاء أو الرضاء في الرجوع لأنه بمنزلة الرد بالعيب بعد القبض من حيث أن السبب تمكن الخلل في المقصود ، فلا يتم إلا بقضاء لورضاء » .

وجاء في البدائع (جزء ٦ ص ١٢٨) : « حق الرجوع في الهبة ثابت عندنا . . لأن العوض المالى قد يكون مقصوداً من هبة الأجانب ، فإن الإنسان قد يهب من الأجنبي إحساناً له وإنعاماً عليه ، وقد يهب له طمعاً في المكافأة واجازة عرفاً وعادة . . وقد لا يحصل هذا المقصود من الأجنبي ، وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه . . كما في البيع إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضاء عند عدم حصول المقصود وهى السلامة ، كذا هذا » .

ويقول الأستاذ أحمد إبراهيم ، فى معنى أن الرجوع فى الهبة موكول إلى الواهب لعذر يستقل هو بتقديره لأنه أمر خفى لا يمكن ضبطه ما يأتى : « إن الذى يعطى العطية فإنما يعطيهما لما ربت شئى ، فقد يعطى مرضاة لوجه الله تعالى قصداً لثواب الآخرة ، وقد يعطى لأجل العوض المالى أو لمنفعة تعود عليه ، وقد يعطى لأجل صلة الرحم أو لأجل التودد والتحبب إلى الموهوب له أو لأجل المكافأة على جميل سابق أو لأجل الرشوة ، إلى غير ذلك من الأغراض ، والعرف المستمر أعظم شاهد بذلك . فإن كان للواهب غرض دنيوى من هبته ، فنفسه لا تطيب بالهبة إذا لم يتحقق غرضه ، وإن كان غرضه وجه الله تعالى فنفسه طيبة بما أعطت بدون انتظار عوض دنيوى . لكن ذلك أمر خفى لا يمكن ضبطه ، إذ المرجع فيه للعرف والعادة والقرائن ونية المعطى . فإذا طلب الرجوع فيما وهب ، علمنا أن له غرضاً دنيوياً فيما أعطى ، وإلا فلا . وإذن فيكون ملك الموهوب بعد قبضه ملكاً قلقاً لعدم تبين غرض الواهب وطيبة نفسه به ، وعلى ذلك فتح له باب الرجوع إذا لم تطب نفسه بما أعطى . وهذا نظر جيد جداً ، ولا منافاة بينه وبين القول بامتناع الرجوع فى الهبة عند وجود أحد الموانع السبعة ، لأن ذلك إما مبنى على أدلة أخرى رجحت على ما تقدم ، وإما لوجود قرينة تدل على طيبة نفسه بما أعطى بلون انتظار مكافأة عليه . هذا هو فقه المسألة » (التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٢) .

المدنى الجديد على المذهب الحنفى كما قدمنا ، حتى لا يغير الأحكام التى استقرت فى عهد التقنين المدنى السابق ، ولكنه اشترط فى حق الرجوع بغير التراضى وجود عذر مقبول . فقرر أن الأصل جواز الرجوع فى الهبة بالتراضى ، شأن الهبة فى ذلك شأن أى عقد آخر . ولكن الهبة تتميز عن العقود الأخرى بأن الواهب يجوز له أن يرجع فى الهبة دون رضا الموهوب له ، إذا استند فى ذلك إلى عذر مقبول يقره القضاء ولم يوجد مانع من الرجوع . ويترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن ، بما يستتبع ذلك من نتائج .

فنبحث إذن مسألتين : (١) متى يجوز الرجوع فى الهبة (٢) الآثار التى تترتب على الرجوع فى الهبة .

المبحث الأول

متى يجوز الرجوع فى الهبة

١٢٧ - الرجوع بالتراضى أو بالتقاضى : يجوز للواهب كما قدمنا أن يرجع فى الهبة إما بالتراضى مع الموهوب له ، وإما بالتقاضى دون رضا الموهوب له .

المطلب الأول

الرجوع فى الهبة بالتراضى

١٢٨ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٠٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٨٢ من المشروع التمهيدي على وجه مقارب لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأدمج فى لجنة المراجعة كفترة أولى ، فى المادة ٥٢٨ -

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكنه يتفق مع الأحكام الموضوعية للهبة في الفقه الإسلامي وهي التي كانت تسرى في عهد التقنين السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٦٨ / ١ - وفي التقنين المدني الليبي م ٤٨٩ / ١ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٢٠ (العبارة الأولى) - ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(١) .

= من المشروع النهائي، وأصبح مطابقاً . ووافق عليه مجلس النواب . واقتراح في لجنة مجلس الشيوخ حذف النصوص الخاصة بالرجوع في الهبة ، فرفضت اللجنة هذا الاقتراح ، وجاء في تقريرها في هذا الصدد ما يأتي : « اقتراح حذف المواد من ٥٠٠ إلى ٥٠٤ الخاصة بالرجوع في الهبة ، مادامت المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية لم تعدل ، فضلاً عن أنها لا تسرى في حق غير المصريين لأنهم خاضعون لقانون جنسيتهم في خصوص الأحكام الموضوعية للهبة . ولم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح ، لأن نص المادة ١٦ مطلق ومقتضى إطلانه إخراج الهبة بأسرها من نطاق القانون المدني لا إخراج الرجوع فحسب . والحال في الواقع غير ذلك ، ولا سيما من حيث الاختصاص القضائي ، فالمحاكم الأهلية هي التي تفصل في جميع مسائل الهبة وفي الرجوع فيها ، بل وفي أهلية الواهب . وليس للهبة في تصوير القانون المصري من الاتصال بالميراث والروابط العائلية ما يبرر إدخالها في الأحوال الشخصية على نحو ما تفعل الشرائع الغريبة . بل لقد اختلفت المحاكم في جواز الرجوع في الهبة في مصر ، فذهبت بعض المحاكم إلى عدم جواز ذلك استناداً إلى قواعد القانون المدني ، وذهبت أحكام أخرى إلى جواز ذلك وفقاً لقواعد الشريعة ، وأيدت هذا الرأي أخيراً محكمة النقض ، وقد أراد المشروع أن يحسم الخلاف بنصوص واضحة . ونرى اللجنة من ذلك وجوب حذف الإشارة إلى الهبات في المادة ١٦ من لائحة تنظيم المحاكم الأهلية عند تعديلها بمناسبة زوال المحاكم المختلطة . ويلاحظ من ناحية أخرى أن ورود قواعد الهبة في القانون المدني لا يستتبع وجوب تطبيقها على الأجانب . فقد قن المشروع قواعد الأهلية ولا يعني ذلك تطبيقها على الأجانب ، لأن مرجع سريان الأحكام الموضوعية في حق الأجانب هو قواعد الإسناد . ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص كما هو ، ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٥٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٥) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٤٦٨ (مطابق) .

١٢٩ - التراضى على الرجوع في الهبة هو إقالة من الهبة :

إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وتراضى معه الموهوب له على هذا الرجوع ، فإن هذا يكون إقالة من الهبة تمت بإيجاب وقبول جدبددين شأن الإقالة من أى عقد آخر ، ولا تتميز الهبة في ذلك عن سائر العقود .

غير أن الإقالة هنا ، بنص القانون (م ٥٠٣ مدني) ، لها أثر رجعى ، فتعتبر الهبة كأن لم تكن كما سيأتى . ومن ثم تجب حماية الغير حسن النية ، وهو من كسب حقاً عينياً من الموهوب له على الموهوب قبل الإقالة ، وسيأتى بيان ذلك عند الكلام في الآثار التي تترتب على الرجوع في الهبة .

ويلاحظ أن التراضى يتم به الرجوع في الهبة في جميع الأحوال ، سواء كان هناك مانع من الرجوع في الهبة أو لم يكن ، وسواء وجد عند الواهب عذر مقبول للرجوع أو لم يوجد . وسنرى أن التقاضى ، بخلاف التراضى ، لا يتم به الرجوع في الهبة إلا إذا لم يكن هناك مانع من الرجوع وكان عند الواهب عذر مقبول (١) .

١ - التقنين المدني الليبي م ١/٤٨٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٢٠ (العبارة الأولى) : للواهب أن يرجع في الهبة برضاء الموهوب له . (وهذا الحكم متفق مع حكم التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة (٤٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل . ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتى : « إذا طلب الواهب الفسخ وقدم لذلك عذراً مقبولاً ، فإن القاضى بالرغم من ذلك لا يحكم بالفسخ إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة ، بخلاف الفسخ بالتراضى فلا يحول بالبدهاة دونه مانع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ص ٢٩١) .

المطلب الثاني

الرجوع في الهبة بالتقاضي

١٣٠ - **النصوص القانونية :** تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٠٠

من التقنين المدني على ما يأتي :

« فإذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكنه يتفق مع الأحكام الموضوعية للهبة في الفقه الإسلامي ، وهي التي كانت تسرى في عهد التقنين السابق (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٤٦٨ / ٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٤٨٩ / ٢ - وفي التقنين المدني

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٨٣ من المشروع التمهيدي على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح في لجنة المراجعة كفقرة ثانية في المادة ٥٢٨ من المشروع النهائي ، وأصبح مطابقاً . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٥٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان القانون المدني (السابق) لم يترخص بتأناً إلى أمر الرجوع في الهبة ، وليس فيما وضعه لها ولأسباب انتقال الملكية وزوالها من نصوص ولا فيما أوردته للالتزامات من أحكام عامة ، ما ينافي الرجوع في الهبة ، كان لا منوطة من الرجوع في هذا الأمر إلى قانون الأحوال الشخصية ، سافرة كانت الهبة أو مستورة (نقض مدني ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨١ ص ٣٩٠) . وقضت أيضاً بأن الرجوع في الهبة خاضع في ظل القانون المدني القديم للشريعة الإسلامية ، وحكمها في ذلك أن الرجوع لا يصح إلا برضاء الموهوب له أو بقضاء القاض (نقض مدني ١١ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٠ ص ٥٢٢) . وانظر عكس ذلك وفي أن أحكام القانون الفرنسي هي التي تسرى فلا يجوز الرجوع في الهبة : ميت خمر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١٠٨ ص ٢٣ .

العراقى م ٦٢٠ (العبارة الأخيرة) - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني
م ١/٥٢٧ (١) .

١٣١ - فيود الرجوع في الهبة بغير التراضى : وبمخلص من النص
المتقدم الذكر أن رجوع الواهب في الهبة ليس أمراً تخميكياً يجرى على حسب
إرادته المطلقة . فهو إذا لم يتراض مع الموهوب له على الرجوع ، وأراد
أن يرجع بإرادته وحده ، يتقيد بقيود ثلاثة :

أولاً - هناك هبات لازمة لا يجوز فيها الرجوع إلا بالتراضى ، وهذه
هى الهبات التى يقوم فيها مانع من موانع الرجوع ، وسيأتى ذكرها .
ثانياً - وفي الهبات غير اللازمة التى لا يقوم فيها مانع من موانع الرجوع ،
لا يجوز للواهب بغير التراضى أن يرجع في الهبة بإرادته المنفردة إلا إذا
كان عنده عذر مقبول للرجوع . وقد أورد المشرع أمثلة من الأعذار
المقبولة سيأتى بيانها .

ثالثاً - وهذا العذر المقبول لا يترك إلى تقدير الواهب وحده ، بل
يراقبه فيه القضاء . فإذا رأى القاضى أن العذر الذى يقدمه الواهب للرجوع

(١) التقنين المدني المريية الأخرى :

التقنين المدني السورى م ٢/٤٦٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبى م ٢/٤٨٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقى م ٦٢٠ (العبارة الأخيرة) : فإن لم يرض (الموهوب له) كان

لواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع . (والحكم متفق
مع حكم التقنين المصرى - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٤٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٥٢٧ : تبطل الهبة بناء على طلب الواهب إذا لم يتم

الموهوب له أو إذا كف عن القيام بأحد الشروط أو التكاليف المفروضة عليه .

(ويقتصر التقنين اللبناني العذر المقبول في الرجوع في الهبة على عدم قيام الموهوب له أو على

كفه من القيام بالشروط أو التكاليف المفروضة عليه) .

في هبته عذر مقبول ، أقره عليه وقضى بفسخ الهبة ، وإلا امتنع من إجابة طلبه وأبقى الهبة قائمة . ومن هنا نرى أن الرجوع بالتقاضي في الهبة هو فسخ قضائي لها بنا على طلب الواهب ، يسوغه عذر مقبول متروك إلى تقدير القاضي كما هو الأمر في فسخ العقد بوجه عام .

وقد أراد التقنين المدني الجديد أن يحدد من إطلاق المذهب الحنفي في الرجوع في الهبة . فالظاهر في هذا المذهب أن الواهب هو الذي يستقل بتقدير العذر في الرجوع دون رقابة عليه . وبكفى في ذلك أن يرفع الأمر إلى القضاء ، إذا لم يترأض مع الموهوب له على الرجوع ، حتى يجيبه القضاء إلى طلبه^(١) . فقيد التقنين المدني من هذا الإطلاق بأن أوجب للرجوع في الهبة عذراً مقبولاً عدد أمثلة منه ، ولم يجعل الواهب يستقل بتقدير هذا العذر ، بل جعل القضاء رقيباً عليه في ذلك ، فقد يجيبه إلى طلبه وقد يرفض هذا الطلب^(٢) . وبذلك أكسب التقنين المدني عقد الهبة قوة في الإلزام لم تكن له على الظاهر من المذهب الحنفي^(٣) .

(١) انظر المبسوط للرخي ١٢ ص ٥٣ - ص ٥٤ - للبائع ٦ ص ١٢٨ - الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٢ - وهي المراجع السابق الإشارة إليها في فقرة ٥٥٨ في الهامش .

وقارن الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٧٩ والأستاذ أكثم الخولي فقرة ١٢٣ - فقرة ١٢٤ .

(٢) انظر ما دار في لجنة مجلس الشيوخ في هذا الصدد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٧ - ص ٢٨٨ وانظر ما يل فقرة ١٤٢ في الهامش - وانظر محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٤ الهامة ٣٦ رقم ١١٠ ص ٢٥٨ .

(٣) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « والرجوع في الهبة نقلت أحكامه من الشريعة الإسلامية . فالهبة يجوز الرجوع فيها بالتراضي أو بالتقاضي . وقد حدد المشروع هذه القاعدة تحديداً واضحاً ، فليس معناها أن الهبة يجوز الرجوع فيها إطلاقاً ، بل يشترط في الرجوع - إذا لم يرض الموهوب له - أن يكون عند الواهب عذر مقبول فيه . وأورد المشرع أمثلة من العذر المقبول مما يقرب الشريعة الإسلامية من القوانين الأجنبية . وهناك =

وقد فرغنا من الكلام في القيد الثالث من قيود الرجوع في الهبة بغير التراضي ، وهو الفسخ القضائي بعد رفع الأمر إلى القاضي ليقضى بالفسخ إذا رأى أن هناك عذراً مقبولاً . ويبقى أن نبحث القيدين الأولين ، فقد قدمنا أن الواهب لا يجوز له الرجوع في الهبة بغير التراضي إلا إذا كانت الهبة غير لازمة بعدم قيام مانع من الرجوع ، وكان لديه عذر مقبول للرجوع في الهبة .

= موانع للرجوع في الهبة نقلت عن الشريعة الإسلامية كما فيها قدرى بالتالي كتابه عن الأحوال الشخصية . ويمكن القول بوجه عام إن المشرع أكسب عقد الهبة صلابة وقوة في الإلزام على النحو الذي ينبغي أن يكون لمعدهو - وإن كان تبرعاً - ملزم للمتعاقدين كسائر العقود (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٤٢) . وجاء في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية : « ويتبين من ذلك أن الرجوع في الهبة ليس تحكياً من جهة الواهب ، بل هو لا يستطيع الرجوع إلا إذا تراضى في ذلك مع الموهوب له . . . ويعتبر هذا التراضي إقالة من الهبة . فإذا لم يكن هناك تراض ، فلا يجوز للواهب الرجوع إلا لعذر يقبله القاضي ، ويمتنع الرجوع إذا لم يوجد العذر المقبول . فالهبة إذن لا تزال محتفظة بصفاتها الملزمة إلى حد كبير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٠ - ص ٢٩١) .

على أن حق الرجوع في الهبة - مقيداً بهذه القيود - يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للواهب أن يتفق مع الموهوب له مقدماً على النزول عنه ، وإنما يجوز له ، بعد قيام العذر في الرجوع ، أن ينزل عن هذا الحق بعد وجوده . جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « ويلاحظ أن الواهب إذا تنازل عن حق الرجوع ، فإن تنازله لا يعتبر ، ويجوز له الرجوع بالرغم من هذا التنازل : م ٥١٥ من قانون الأحوال الشخصية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٢) . ونصت المادة ١/٥٣٠ من تقنين الموجبات والمقود اللبناني على أنه « لا يجوز المدول مقدماً عن دعوى إبطال الهبة بسبب الجحود . وتسقط هذه الدعوى بحكم مرور الزمن بعد سنة واحدة تبتدئ من يوم علم الواهب بالأمر » .

وحكم الفقه الإسلامي في هذه المسألة أنه يجوز للواهب الصلح عن حق الرجوع ، ويعتبر البطل في هذه الحالة كعوض عن الهبة . ولا يجوز له إسقاط هذا الحق ، لأنه حق التنازع (الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٣) .

انظر الأستاذ محمد كامل مرسى ٤ المقود المسماة ٢ فقرة ١٧١ - وقارن الأستاذ محمود حال الدين زكي فقرة ٨٣ والأستاذ أكرم الحولي فقرة ١٤١ .

فنبحث إذن مسألتين : (١) الهبات اللازمة أو قيام مانع من موانع الرجوع (٢) العذر المقبول للرجوع في الهبة .

§ ١ - الهبات اللازمة

(موانع الرجوع في الهبة)

١٣٢ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٥٠٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية :

(أ) « إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع » .

(ب) « إذا مات أحد طرفي عقد الهبة » .

(ج) « إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً ، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع في الباقي » .

(د) « إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية » .

(هـ) « إذا كانت الهبة لنوى رحم محرم » .

(و) « إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له ، سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي » .

(ز) « إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة » .

(ح) « إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر^(١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٨٦ من المشروع التمهيلي على وجه ينفق =

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكنه يتفق مع الأحكام الموضوعية للهيئة في الفقه الحنفي وهي التي كانت تسري في عهد التقنين المدني السابق^(١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٧٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٤٩١ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٢٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٥٣٠/٢ و٣^(٢) .

= مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا الفقرة (ز) ، فقد جرت في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا قدم الموهوب له بعد الهبة عوضاً قبله الواهب ، على ألا يكون هذا عوض هو بعض الموهوب ، وإذا أعطى عوض عن بعض الموهوب جاز الرجوع في الباقي ، وإذا استحق العوض كله أو بعضه عاد للواهب الحق في الرجوع إذا هو رد للموهوب له ما لم يستحق من العوض » ، وفيما عدا الفقرة (ح) ، فقد جرت في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا كانت الهبة صدقة » . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة (ز) بجعل تقديم العوض مانعاً للرجوع في الهبة سواء أكان العوض معاصراً للهبة أم لاحقاً لها ، عملاً بالرأي الراجح في الشريعة الإسلامية ، وأصبح رقم المادة ٥٣٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو عملاً من أعمال البر » إلى الفقرة (ح) حتى ترتفع شبهة أن الصدقة لا تشمل أعمال البر لأنها في الواقع تشملها ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٩ - ص ٢٩٠ وص ٢٩٢ - ص ٢٩٤) .

(١) انظر الأستاذ محمد كامل مرسي في العقود المسماة ٢ فقرة ١٤٠ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٧٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٩١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٢٣ (موافقة في أحكامها للتقنين المدني المصري ، وتزيد مانعاً

هو أن يهب الدائن الدين للمدين فلا يستطيع الواهب أن يرجع في الهبة - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٥٥ - فقرة ٦٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٥٣٠/٢ و٣ : ولا ينتقل حق الواهب في إقامة تركة

الدعوى (دعوى إبطال الهبة للجمود) إلى ورثته إذا كان مقتدرأ على إقامتها ولم يفعل . وكذلك =

١٣٣ - تقسيم موانع الرجوع إلى موانع قائمة وقت الهبة وموانع

نظراً بمرها : ويمكن تقسيم موانع الرجوع الثمانية التي عدتها المادة ٥٠٢ مدني إلى قسمين رئيسيين .

(أ) موانع قائمة منذ صدور الهبة ، وترجع إلى أن الغرض من الهبة قد تحقق نظراً إلى طبيعة الهبة ذاتها . وهذا الغرض إما أن يكون عوضاً دنيوياً ، أو ثواباً أخروبياً ، أو برأ بين الزوجين ، أو صلة للأرحام . فإذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة ، أو كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر ، أو كانت من أحد الزوجين للآخر ، أو كانت لذوي رحم محرم ، فقد تحقق غرض الواهب ، ويتكشف ذلك في وضوح من طبيعة الهبة ذاتها . ويترتب على ذلك أن الهبة في هذه الأحوال الأربعة تكون هبة لازمة منذ صدورهما ، ولا يجوز للواهب الرجوع فيها ولو لعذر ، ما لم يكن الرجوع بالتراضي بينه وبين الموهوب له .

(ب) موانع تطرأ بعد صدور الهبة ، فتحول دون الرجوع لقيام حق أقوى . وهذه الموانع إما أن ترجع إلى أحد المتعاقدين ، وإما أن ترجع إلى الشيء الموهوب . فالذي يرجع إلى أحد المتعاقدين هو أن يموت الواهب فلا ينتقل حق الرجوع إلى ورثته ، أو يموت الموهوب له فيكون حق ورثته أقوى من حق الواهب في الرجوع . والموانع التي ترجع إلى الشيء الموهوب هو أن يزيد زيادة متصلة أو يهلك أو يتصرف الموهوب له فيه ، فيقوى حق الموهوب له ويرجع على حق الواهب في الرجوع .

= لا تصح إقامتها على ورث الموهوب له إذا لم تكن قد أقيمت على الموهوب له قبل وفاته .
(ولم يذكر التقنين البنائي إلا هذا المانع - موت أحد طرفي عقد الهبة - من موانع الرجوع في الهبة) .

ونبحث هذه الموانع مرتبة على هذا النحو .

١ - موانع قائمة منذ صدور الهبة

١٣٤ - الهبة بعوض : إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة أو التزم بشروط أو تكاليف لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة ، فإن الهبة تكون لازمة منذ صدورها ، ولا يجوز للواهب الرجوع فيها إلا بالتراضي مع الموهوب له . وقد يقدم الموهوب له العوض أو يلتزم بالشروط والتكاليف بعد صدور الهبة ، فتلزم الهبة من وقت تقديمه العوض أو التزامه بالشروط والتكاليف بعد أن كانت غير لازمة وقت صدورها^(١) .

فإذا قدم الموهوب له للواهب عوضاً عن هبته وقبلها هذا ، سواء كان العوض مقدماً في عقد الهبة ذاته أو بعد صدور هذا العقد ، امتنع على الواهب الرجوع في الهبة لتحقيق غرضه منها بأخذ البذل الذي ارتضاه عنها^(٢) . ويستند الفقه الحنفى في ذلك إلى حديث النبي عليه السلام : « الواهب أحق بهبته مالم يثب عنها » . ولكن هذا الفقه يشترط في

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يجعل المانع من الرجوع أن يقدم « الموهوب له بعد الهبة عرضاً قبله الواهب ، على ألا يكون هذا العوض هو بعض الموهوب ، وإذا أعطى العوض عن بعض الموهوب ، جاز الرجوع في الباقي . وإذا استحق العوض كله أو بعضه ، عاد للواهب الحق في الرجوع إذا هو رد للموهوب له مالم يستحق من العوض » . فعدل هذا النص في لجنة المراجعة على نحو يجعل « تقديم العوض مائلاً للرجوع في الهبة ، سواء أكان العوض معاصراً للهبة أم لاحقاً لها ، عملاً بالرأى الراجح في الشريعة الإسلامية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٢٩٠ و ص ٢٩٣ - وانظر آنفاً فقرة ١٣٢ في الهامش) .

وانظر في العوض المتأخر عن العقد في الفقه الحنفى البدائع ٦ ص ١٣٠ - ص ١٣٢ .

(٢) وتبقى أحكام النص المحذوف سارية لاتفاقها مع قصد المتعاقدين وأحكام الفقه الإسلامى . فإذا كان العوض بعض الموهوب جاز الرجوع في الباقي ، وإذا استحق العوض كله أو بعضه عاد للواهب الحق في الرجوع إذا هو رد للموهوب له مالم يستحق من العوض .

العوض شرائط الهبة من القبض والإفراز ، ولم يرد هذا الشرط في التقنين المدني . بل أطلق العوض فشمل العوض الذى يلتزم به الموهوب له ولو لم يقبضه الواهب ، وشمل أيضاً جميع الشروط والتكاليف التى يلتزم بها الموهوب له كما سبق القول . ويصح أن يكون العوض مقدماً من أجنبي ، مادام الأجنبي قد قدمه عوضاً من هبة الواهب .

ولو وهب الموهوب له شيئاً للواهب ولم يذكر أن ما وهب له عوض عن هبته ، كان هبة مبتدأة ، ولكل منهما أن يرجع فى هبته^(١) .

١٣٥ - **الصدقة وأعمال البر** : وقد تكون الهبة على سبيل الصدقة ابتغاء الثواب فى الآخرة . فهذه هبة لازمة لا يجوز للواهب الرجوع فيها إلا بالتراضى ، لأن غرضه من الهبة وهو نيل الثواب قد تحقق بمجرد صدور الهبة ، فنال مقابلاً أدبياً يعدل المقابل المادى الذى رأيناه فى العوض ، فلا محل بعد ذلك للرجوع بعد أن تحقق الغرض . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد يسقط الواهب حقه فى الرجوع لا لفائدة مادية يتلقاها من الموهوب له ، بل لفائدة أدبية . وذلك بأن تكون الهبة صدقة ، فلا يجوز الرجوع فى الصدقة لأنها قرينة لوجه الله تعالى ولو كانت لغنى : م ٢/٥٢٩ من قانون الأحوال الشخصية^(٢) » .

ويلحق بالصدقة أعمال البر فلا يجوز للواهب الرجوع فى هذه الأعمال ، إذ قد تحقق غرضه من الهبة بنيل الجزاء المعنوى الذى يبغيه . مثل ذلك أن يهب الواهب جمعية خيرية مالا لتأسيس مستشفى أو مدرسة أو ملجأ أو نحو ذلك من أعمال البر ، ففى هذه الحالة لا يجوز للواهب الرجوع

(١) الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٩

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٢ .

في هبته . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد لم يذكر أعمال البر إلى جانب الصدقة ليمنع فيها الرجوع ، فأضيفت أعمال البر في لجنة مجلس الشيوخ ، حتى ترتفع شبهة أن الصدقة لا تشمل أعمال البر ، لأنها في الواقع تشملها^(١) .

١٣٦ - **الهبة بين الزوجين** : والهبة بين الزوجين هبة لازمة منذ صدورهما ، فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير رضا الموهوب له . ذلك أن الزوج إذا وهب زوجته ، أو وهبت الزوجة زوجها ، فإن الهبة في هذه الحالة مقصود بها توثيق عرى الزوجية ما بين الزوجين ، وقد توثقت فعلاً بالهبة ، فتحقق غرض الواهب ، ولم يعد يستطيع الرجوع وحده في هبته بعد أن تحقق غرضه^(٢) .

وحتى تكون الهبة بين الزوجين لازمة لا يجوز الرجوع فيها ، يجب أن تصدر حال قيام الزوجية قبل الدخول أو بعده . فهبة الخطيب لخطيبته أو الخطيبة لخطيبها قبل قيام الزوجية يجوز الرجوع فيها وفقاً للقواعد المقررة في الرجوع ، وبخاصة إذا لم يتم الزواج كما سبق القول^(٣) . وهبة الرجل لمطلقته أو المطلقة لمطلقها بعد انتهاء الزوجية يجوز أيضاً الرجوع فيها طبقاً للقواعد المقررة . أما إذا وقعت الهبة وقت قيام الزوجية ، فإن الهبة لا يجوز الرجوع فيها كما قدمنا ، حتى لو كان الرجوع بعد انتهاء الزوجية بالطلاق أو بالموت^(٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٤ . وانظر آنفاً فقرة ١٣٢ في الهامش .

(٢) ويلاحظ أن القانون الفرنسى على عكس ذلك ، فالهبة فيه لازمة في الأصل ، فإذا وقعت بين الزوجين كانت غير لازمة .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٩٤ .

(٤) استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٧ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م

٤٢ ص ١٨٦ - ٢٥ مارس سنة ١٩١١ م ٥٢ ص ١٦٩ - محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة -

١٣٧ - **الهبة لذى رحم محرم** : والهبة للمحارم هبة لازمة ، لأن غرض الواهب منها ، وهى صلة الرحم ، قد تحققت بصدور الهبة ذاتها ، فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير التراضى مع الموهوب له . ويستند هذا الحكم إلى حديث عن النبي عليه السلام : « إذا كانت الهبة لذى رحم محرم ، لم يرجع فيها » . ولا بد من اجتماع الوصفين للمنع من الرجوع : الرحم والمحرمية . فإذا وجد أحدهما دون الآخر ، لم يمتنع الرجوع . فإذا وهب لذى رحم غير محرم ، كأولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات ، جاز الرجوع . كذلك يجوز الرجوع إذا وهب لمحرم غير ذى رحم ، كأم الزوجة والأخت فى الرضاع (١) .

= ٢٤ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ٢٣٩ ص ٣٦٠ - محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة
٦ يونيه سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١٤٧ ص ١٧٤ .

وهناك قول فى المذهب الحنفى يفرق بين هبة الزوج لزوجته وهبة الزوجة لزوجها . فالأولى لا يجوز للزوج الرجوع فيها أصلاً . أما هبة الزوجة لزوجها ، فيجوز للزوجة الرجوع فيها إذا هى ادعت أن الزوج استكرهها على الهبة ، غدعوى الإكراه مسموعة من الزوجة لا من الزوج لا اعتبار الظاهر ، إذ الظاهر أن الزوج يتمكن من إكراه زوجته والزوجة لا تتمكن من إكراه زوجها (الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٠) . ويبدو أن حكم هذه المسألة فى القانون المدنى يجب استخلاصه من التواعد العامة ، فلا يجوز فى الأصل للزوجة أن ترجع فى هبتها لزوجها ، ولكن لما أن تظن فى الهبة بالإكراه الأدبى أو الشوكة والنفوذ من جانب زوجها . فإن أثبتت ماتدعيه ، ولها أن تثبت ذلك بجميع طرق الإثبات وتدخل البيئة والقرائن ، كان لها أن تطلب إبطال الهبة للإكراه . ومن القرائن على الإكراه مركز الزوجة من زوجها ، وقيمة الشيء الموهوب ، والظروف التى صدرت فيها الهبة .

(١) وقد قدمنا ما قررت المذاهب الثلاثة غير المذهب الحنفى فى جواز اعتصار الوالد (انظر آنفاً فقرة ١٢٥) . وفى الفقه الحنفى يرجع الوالد فى هبته لولده بغير قضاء ولا رضاه عن طريق الإنفاق على نفسه من مال ولده عند الحاجة إلى ذلك ، لاسن طريق الرجوع فى الهبة (المبسوط للسرخسى ١٢ ص ٥٤ - البدائع ٦ ص ١٢٨ - فتح القدير ٧ ص ١٣٢) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بجواز رجوع الوالد فيما وهب لابنه حتى بعد القبض ودون حاجة إلى تراض أو تقاض ، ولو كان الوالد قد نزل عن حقه فى الرجوع (٨ يناير سنة ١٩٢٤ =

(ب) موانع تطراً بعد صدور الهبة

١٣٨ - موت أحد المتعاقدين : وقد تتم الهبة غير لازمة ويجوز الرجوع فيها لعذر مقبول ، ثم يطرأ على أحد العاقدين ما يمنع من الرجوع ، فتلزم الهبة بعد أن كانت غير لازمة . ويتحقق ذلك بموت الواهب أو بموت الموهوب له .

فإذا مات الواهب ، امتنع على ورثته الرجوع في الهبة ، وذلك لأن حق الرجوع حق متصل بشخص الواهب ، وهو وحده يقدر الاعتبارات التي يراها مبرراً لطلب الرجوع في الهبة . فلا ينتقل هذا الحق إلى ورثته ، ويرجع حق الموهوب له في هذه الحالة .

ولإذا مات الموهوب له وانتقل الشيء الموهوب إلى ورثته ، لم يجز للواهب عند ذلك الرجوع في الهبة وانتزاع الشيء الموهوب من ورثة الموهوب له . ذلك أن حق الورثة على الموهوب قد ثبت بالمراث واطمأنت الورثة إلى ذلك ، فإذا تعارض حقهم مع حق الواهب في الرجوع كان حقهم أقوى وحال دون الرجوع . وتقول الحنفية في تبرير هذا الحكم إنه بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته ، وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم ، كما إذا انتقل إليهم في حال حياته بسبب آخر ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار الموهوب كأنه عين أخرى فلا يكون للواهب عليها من سبيل^(١) .

١٣٩ - زيادة الموهوب زيادة منه : وتلزم الهبة ، بعد أن كانت غير لازمة يجوز الرجوع فيها ، إذا زاد الشيء الموهوب زيادة متصلة

= م ٣٦ ص ١١٧) ، ويغلب أن يكون ذلك أخذاً بالمذهب الحنفي من أن الوالد يتفق على نفسه من مال ولده عند الحاجة .

(١) الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦١ .

موجبة لزيادة قيمته . وقد تكون الزيادة المتصلة متولدة من الموهوب كالزراع والنبات والكبر والسمن ، وقد تكون غير متولدة منه كالطمي والبناء والغراس . والزيادة في الحالتين تمنع الرجوع وتجعل الهبة لازمة ، ما دامت تزيد في قيمة الموهوب . وتقول الحنفية في السبب في منع الرجوع للزيادة المتصلة المتولدة إن من ملك شيئاً ملك نماءه تبعاً له لأن النماء ناشئ من ملكه ، فتكون الزيادة المتصلة المتولدة ملكاً خالصاً للموهوب له ليس للواهب فيها شيء . فيتعارض حقان : حق الموهوب له في الزيادة وحق الواهب في الرجوع . وحقيقة الملك أقوى من حق الرجوع ، فترجح عليه ، فيمتنع . وتقول في الزيادة المتصلة غير المتولدة إن أخذ الواهب الأصل يضر بالموهوب له فيما بناه أو غرسه ، فيقوى حق الموهوب له على حق الواهب^(١) . وإذا زالت الزيادة المانعة من الرجوع ، كأن حصد الزرع أو أزيل البناء أو قلع الغرس ، عاد حق الواهب في الرجوع ، لأنه إذا زال المانع رجع الممنوع .

أما إذا كانت الزيادة منفصلة ، سواء كانت متولدة كنتاج المواشي أو غير متولدة كبيع الدار أو كآلة وضعت في الأرض الموهوبة ، فلإنها لا تمنع الواهب من حق الرجوع . ذلك أنه يستطيع الرجوع في أصل الشيء الموهوب دون ضرر يلحق الموهوب له ، إذ الزيادة منفصلة يستطيع هذا أن يستبقها ويرد الموهوب^(٢) . كذلك لا يمنع من الرجوع ارتفاع ثمن الموهوب (م ٢/٥١٦ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) ، وذلك لأن عين الموهوب لم تزد في ذاتها ، وإنما الزيادة في قيمتها لأمر خارج عنها وهو كثرة الرغبات^(٣) .

(١) الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٢ .

(٢) غير أنه إذا كان ولد الدابة الموهوبة لا يستغنى عنها ، وجب ترك الدابة عند الموهوب له حتى يستغنى عنها ولدها .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٩٢ - ٣٠٠

١٤٠ - هلاك الشيء الموهوب : وإذا هلك الشيء الموهوب في

يد الموهوب له ، سواء كان الهلاك بسبب أجنبي أو بفعل الموهوب له أو باستعماله لإيائه ، امتنع على الواهب الرجوع في هبته . ذلك أن الموهوب له لا يضمن الهلاك أو الاستهلاك ، لأن الهلاك أو المستهلك ملكه . فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء الموهوب ، جاز للواهب الرجوع في الباقي ، لانتهاء المانع من الرجوع في هذا الباقي^(١) .

ويلتحق بهلاك الشيء الموهوب تغييره من حالة إلى حالة حتى تزول صورته الأولى ، بأن كان حنطة فطحنت دقيقاً ، أو دقيقاً فعمجن خبزاً ، أو قطعة من ذهب فصيغت حلية ، أو لبنا فصنعه جبناً أو سمناً ، ذلك أن الشيء الموهوب قد زال بتغير صورته ، فأصبح الرجوع في الأصل متعذراً والموجود شيء آخر غير الموهوب^(٢) .

١٤١ - نهرف الموهوب له في الشيء الموهوب : وإذا تصرف

الموب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً ، فزال عنه ملكه بأى سبب كان من الأسباب الناقلة للملك كالبيع والهبة ، أو الأسباب المسقطه للملك كالوقف ، أصبحت الهبة لازمة وامتنع على الواهب حق الرجوع . ذلك

= الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٣ . أما إذا نقل الموهوب له الشيء الموهوب من مكان إلى مكان فازدادت قيمته في المكان الثاني ، فإن حق الرجوع في الهبة يمتنع على القول الصحيح ، وذلك لما فيه من تفويت ما أنفق في نقل الشيء الموهوب (الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٣ - وقارن الأستاذ أكرم الخولي فقرة ١٣٩) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٢ .

(٢) الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦١ -

أن إخراج الموهوب له الشيء الموهوب من ملكه وتمليكه لغيره أو إسقاطه إنما حصل بتسليط الواهب ، فلا يجوز لهذا أن ينقض ما تم من جهته ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها^(١) . وفي هذا الحكم أيضاً حماية للغير الذي انتقل الملك إليه من الموهوب له ، فيأمن أن يرجع الواهب عليه ويسترد العين منه إذا جاز له الرجوع في هبته .

أما إذا كان التصرف غير نهائي ، بأن باع الموهوب له الشيء الموهوب مثلاً ثم فسخ البيع أو أبطله فرجع الموهوب إلى ملك الموهوب له ، عاد للواهب حق الرجوع (م ٥١٨/٢ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) .

وكذلك إذا كان التصرف في بعض الشيء الموهوب ، فإن حق الرجوع يبقى قائماً في الباقي ، لانتهاء المانع من الرجوع بالنسبة إلى هذا الباقي .

§ ٢ - العذر المقبول للرجوع في الهبة

١٤٢ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٥٠١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يعتبر بنوع خاص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة » :

(أ) « أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه » .

(ب) « أن يصبح الواهب -احزاً عن أن يوقر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير » .

(١) الأستاذ أحمد إبراهيم في التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٢ .

(ج) « أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع ، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، وكان الفقه الحنفى يسرى على الأحكام الموضوعية للهبة ، وليس في هذا الفقه ما يتعارض مع الأحكام المقررة في النص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٦٩ - وفي التقنين المدني الليبي م ٤٩٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٢١ - ٦٢٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٥٢٤ و ٥٢٧/١ و ٥٢٨ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، والظاهر أنها حلفت عبارة « إخلالا خطيراً » التي كانت موجودة في بند (٦) من المشروع التمهيدى ، اكتفاء بعبارة « جحوداً كبيراً » الموجودة في نفس البند ، وأصبح رقم المادة ٥٢٩ من المشروع النهائي ، ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن أحكام هذا النص مأخوذة من القانون الفرنسى ولا تتعارض مع الشريعة الإسلامية التي تقضى بالرجوع في الهبة بالتراضى أو بقضاء القاضى . ولما قيل في اللجنة إن الرجوع في الهبة مطلق إلا في الأحوال الممنوع فيها الرجوع ، رد على هذا الاعتراض بأن الرجوع في الشريعة غير مطلق ، لأن من ضمن بواعث الرجوع في الهبة في مذهب المالكية إخلال الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه وهو حكم الفقرة (٦) من النص . وانتهت لجنة المجلس الشيوخ إلى الموافقة على النص ، أخذاً ببعض أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية التي تحرم الرجوع في الهبة إلا لغير مقبول . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨٦ - ص ٢٨٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٦٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٩٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٢١ (تتفق أحكامها مع أحكام المادة ٥٠١ من التقنين المدني =

١٤٣ - أعذار الرجوع في الهبة غير مذكورة على سبيل الحصر :

ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الأعذار التي ذكرها المشرع للرجوع في الهبة ليست مذكورة على سبيل الحصر ، وإنما خصت بالذكر لأنها هي الأعذار الغالبة التي تبرر الرجوع في الهبة ، وذلك لا يمنع من أن تقوم أعذار أخرى غير الأعذار المذكورة ، فإذا تقدم الواهب بأى عذر يرى أنه يبرر الرجوع في الهبة ، وأقره القاضي على أن هذا العذر مقبول يبرر الرجوع ، فسخ القاضي الهبة لهذا العذر . والرجوع في الهبة لعذر مقبول ليس في الواقع من الأمر إلا فسخاً قضائياً للهبة يترك لتقدير القاضي ، شأن كل فسخ

= المصري، وتزيد العذر الآتي : « أن يقصر الموهوب له في القيام بما اشترط عليه في العقد من التزامات بدون عذر مقبول » . وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة . ويقتصر التقنين العراقي في عذر الإخلال بالواجب ، على أن يكون الإخلال بالواجب نحو الواهب ، دون أن يذكر أقاربه . ولكن الأستاذ حسن الذنون - فقرة ٥٠ - يرى أن الإخلال بالواجب نحو أقارب الموهوب له يصح أن يكون عذراً للرجوع في الهبة ، لأن الأعذار ليست مذكورة في النص على سبيل الحصر . م ٦٢٢ : إذا قتل الموهوب له الواهب عمداً بلاوجه حق ، كان لورثته حق إبطال الهبة . (وهذا استثناء من أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب ، ويبرر الرجوع هنا جعود الموهوب له ، وكذلك القياس على الميراث فالقاتل لا يرث المقتول) . انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٤٩ - فقرة ٥٠ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٥٢٤ : كل هبة بين الأحياء يمنحها شخص ليس له ولد ولا عقب شرعى يصح الرجوع عنها : أولاً - إذا رزق الواهب بعد الهبة أولاداً ولو بعد وفاته . ثانياً - إذا كان للواهب ولد ظنه ميتاً وقت الهبة ثم ظهر أنه لا يزال حياً .

م ٥٢٧ / ١ : تبطل الهبة بناء على طلب الواهب إذا لم يقيم الموهوب له أو إذا كف عن القيام بأحد الشروط أو التكاليف المفروضة عليه .

م ٥٢٨ : وتبطل الهبة أيضاً بناء على طلب الواهب : أولاً - إذا ارتكب الموهوب له جنحة أو جناية على شخص الواهب أو على شرفه أو ماله . ثانياً - إذا ارتكب إخلالاً هاماً بالواجبات التي يفرضها عليه القانون للواهب أو لعيالته .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ، غير أن التقنين اللبناني لم يذكر من بين الأعذار أن يصبح الواهب عاجزاً عن توفير أسباب المعيشة له أو لولديه يجب عليه نفقته) .

قضائي . ويخلص من ذلك أن من بين الأعذار المقبولة للرجوع في الهبة ، غير الأعذار التي ذكرها المشرع ، ألاّ يقوم الموهوب له بالالتزامات أو التكاليف التي فرضتها عليه الهبة ، أو ألاّ يقدم العوض الذي التزم بتقديمه مقابلاً للهبة^(١) . ففي هذه الحالة وقد أصبحت الهبة عقداً ملزماً للجانبين ، وأخل الموهوب له بالتزامه ، يجوز للواهب أن يطلب فسخ الهبة من القضاء ، أي أن يطلب الرجوع فيها . ويكون للقاضي حق التقدير ، طبقاً للقواعد المقررة في الفسخ القضائي .

وننتقل الآن إلى الأعذار المذكورة بالنص في المادة ٥٠١ مدني .

١٤٤ - مجهود الموهوب له : لما كانت الهبة تبرعاً من الواهب للموهوب له ، فإن الجزاء الذي ينتظره الأول من الثاني هو الاعتراف بالجميل . فإذا جحد الموهوب له جميل الواهب ، لم يكن مستحقاً للهبة ، وكان الواهب معذوراً إذا هو أراد الرجوع فيها .

ومن الأعمال التي تكون جحوداً من الموهوب له أن يعتدي هذا على حياة الواهب^(٢) أو على حياة أحد من أقاربه^(٣) ، أو يسئ إلى الواهب أو

(١) انظر م ٥٢٧ / ١ من تقنين الموجبات والمقود اللبناني (آنفاً فقرة ١٤٢ في الهامش) ، وتنكلم عن إبطال الهبة لاعتدائها .

(٢) فإذا قتل الموهوب له الواهب بغير حق ، قام عذر للرجوع في الهبة هو الجحود ، وقام في الوقت ذاته مانع من الرجوع في الهبة هو موت الواهب . وقد أورد التقنين العراقي في هذه الحالة نصاً خاصاً ، فقال في المادة ٦٢٢ منه : « إذا قتل الموهوب له الواهب عمداً بلا وجه حق ، كان لورثته حق إبطال الهبة » (انظر آنفاً فقرة ١٤٣ في الهامش - وقارن الأستاذ حسن الدينون فقرة ٥٤ وهو لا يروى حاجة لإيراد هذا النص) . ويبدو أن هذا الحل المعقول هو الذي يتفق مع القواعد العامة ، فإنه إذا جاز الرجوع في الهبة لمجرد شروع الموهوب له في قتل الواهب ، فأولى أن يجوز الرجوع إذا تمت الجريمة .

(٣) ويجب التوسع في تفسير لنظ (الأقارب) ، فيشمل الزوج والزوجة .

إلى أحد من أقاربه إساءة بالغة بسب أو قذف أو اعتداء على المال أو على العرض أو غير ذلك من ضروب الإساءة . ولا يشترط أن تكون الإساءة جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي ، فأية إساءة بالغة تكفى لتكون جحوداً من الموهوب له يبرر الرجوع في الهبة . وعلى العكس من ذلك قد يرتكب الموهوب له جريمة لا تعتبر إساءة بالغة ، ولا تبرر الرجوع في الهبة . مثل ذلك أن يتسبب الموهوب له في جرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه خطأ لا عمداً ، فالموهوب له في هذه الحالة لم يقصد الإساءة إلى الواهب ، ومن ثم لا يكون عمله جحوداً . ويمكن القول أيضاً إن الموهوب له إذا جرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه استعمالاً لحقه في الدفاع المشروع عن نفسه ، لم يعتبر هذا العمل جحوداً منه ، إذ هو قد قصد الدفاع عن نفسه ولم يقصد الإساءة إلى الواهب (١) .

وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان العمل الذى صدر من الموهوب له بعد إساءة بالغة للواهب أو لأحد أقاربه ، ويقرر من هم الأقارب الذين إذا أساء إليهم الموهوب له ارتدت الإساءة إلى الواهب . فإذا استند في ذلك إلى أسباب مسوغة ، واعتبر العمل الصادر من الموهوب له جحوداً كبيراً ، جاز له الحكم بفسخ الهبة ، دون تعقيب على قضائه من محكمة النقض (٢) .

(١) بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٦٠٠ .

(٢) ولم يكن هناك محل لحصر الأعمال التى تنطوى على الجحود الكبير من جانب الموهوب له في تقنين يحمل الأصل جواز الرجوع في الهبة ، وهذا بخلاف التقنين الفرنسى الذى حصر هذه الأعمال لأن الأصل فيه هو عدم جواز الرجوع في الهبة : قارن مع ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ١٦٧ حيث ينتقد النص انتقاداً شديداً لا مبرر له ، فالنص يضع معياراً مرناً بدلاً من أن يضع قاعدة جامدة حتى يواجه بمرونته الحالات المتنوعة والظروف المختلفة . وهو بعد مأخوذ من لادة ٥٣٠ من التقنين المدنى الألمانى وتنص على ما يأتى : « يجوز نفض الهبة إذا أخل الموهوب »

١٤٥ - عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو عجزه عن

النفقة على من تجب عليه نفقتهم : ومن الأعذار المقبولة للرجوع في الهبة أن يصبح الواهب بعد الهبة لأى سبب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية . فقد تسوء حالة الواهب المالية بعد الهبة ، إما لسبب لا يتصل بالهبة وإما لأن الهبة ذاتها قد كانت على غير ما توقع الواهب سبباً في هذا الارتباك المالى . وليس من الضروري أن يصبح الواهب فقيراً ، بل يكفى كما يقول النص أنه أصبح عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية . ويكفى أيضاً ، دون أن يصبح الواهب عاجزاً عن توفير أسباب المعيشة لنفسه خاصة ، أن يصبح عاجزاً عن الوفاء بنفقة من تجب عليه نفقتهم من زوجة وأولاد وأقارب . فإذا وقع الواهب في ضيق مالى على النحو الذى بيناه ، كان هذا عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة . ولا يمنع الرجوع في هذه الحالة أن يظهر الموهوب له استعداداه أن ينفق على الواهب^(١) أو أن يقدم له مساعدة مالية ،

= له إخلالا خطيراً بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من ذويه ، بحيث يكون قد ارتكب جحوداً كبيراً . انظر أيضاً في انتقاد النص الأستاذ أكرم الحولى فقرة ١٣١ - ١٣٢ .
أما التقنين المدنى الفرنسى (م ٩٥٥) فيقيد ، كما قدمنا ، معنى الجحود تقييداً ضيقاً ويحصره في أعمال معينة . ثم هو أيضاً يذكر الأعذار التى تسوغ الرجوع في الهبة على سبيل الحصر ، لا على سبيل التمثيل كما فعل التقنين المدنى المصرى .

ويجمل التقنين المدنى الفرنسى (م ٩٥٧) دعوى الرجوع في الهبة للجحود تتقدم بسنة واحدة من وقت وقوع العمل الصادر من الواهب . ولم ينقل التقنين المدنى المصرى هذا الحكم ، ومن ثم تخضع دعوى الرجوع في الهبة في مصر ، أياً كان العذر فى الرجوع ، للقواعد العامة ، فلا تتقدم إلا بخمس عشرة سنة من وقت قيام العذر . على أنه إذا مضى وقت طويل على قيام العذر للرجوع ولم يستعمل الواهب حقه ، فقد يستخلص من ذلك أن الواهب نزل ضمناً عن حقه فى الرجوع بعد قيام العذر ، والنزول عن حق الرجوع به قيام العذر جائز .

(١) أما فى التشريع الفرنسى (م ٩٥٥) فقبول الموهوب له النفقة على الواهب يمنع =

هناك للواهب حق الرجوع في هبته لهذا العذر ، إلا إذا قبل من الموهوب له مساعدته المالية ونزل بذلك عن حقه في الرجوع بعد أن قام العذر .

وقاضى الموضوع هنا أيضاً هو الذى يقدر ما إذا كان الضيق المالى الذى وقع فيه الواهب يكتفى عذراً للرجوع في الهبة^(١) .

١٤٦ - أنه برز في الواهب ولدا : والمفروض في هذا العذر أن يكون الواهب وقت أن صارت منه الهبة ليس له ولد ، ذكر أو أنثى . فهو قد وهب ماله مدفوعاً في ذلك إلى أنه ليس له ولد يترك له هذا المال^(٢) وآثر الموهوب له على ورثته الآخرين . ويعدل هذا الوضع أن يظن الواهب وقت الهبة أن ليس له ولد ، كأن يكون له ولد ويظنه قد مات . ففي هاتين الحالتين ، إذا رزق الواهب ولداً بعد الهبة أو تبين أن الولد الذى ظنه قد مات لا يزال حياً ، يكون هذا عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة . ذلك أن الدافع على الهبة قد انعدم ، والولد الذى رزقه الواهب أو ظهر حياً أولى بالمال الموهوب من الموهوب له متى تقدم الواهب إلى القاضى بهذا العذر يطلب فسخ الهبة .

= من الرجوع في الهبة ، ولا يجوز للواهب الرجوع إلا إذا طلب من الموهوب له النفقة عليه فامتنع الموهوب له .

(١) قارن الأستاذ أكرم الخولى فقرة ١٣٣ - ولا مبرر هنا أيضاً للانتقاد الشديد الذى يوجهه إلى النص ، إذ النص قد وضع معايير مرنة يسترشد بها القاضى ، فيجمل لكل حالة بخصوصها ما يلائمها من الحكم . ونظير ذلك ما نص عليه التقنين البولونى في المادة ٣٦٤ منه .

(٢) وتنص المادة ٩٦١ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « يقع فسخ الهبة حتى لو كان للواهب أول للواهب وقت الهبة جنين لم يولد » . ويمكن سريان هذا الحكم في مصر ما دام الواهب لا يعرف وقت الهبة بأمر الجنين ، فهو في حالة الواهب الذى يعتقد أن ولده قد مات . فليست العبارة إذن بالأولى يكون للواهب ولد وقت الهبة ، بل العبارة بأن يعتقد أن ليس له ولد . أما في القانون الفرنسى ، فالهبة تنفسخ حتى لو كان الواهب وقت الهبة يعلم بأمر الجنين (بودرى وكولان ١٠ فقرة ١٦٨٠ - فقرة ١٦٨١) .

ويخلص مما قدمناه أنه إذا كان الواهب ولد وقت الهبة ، ثم رزق ولداً آخر بعد الهبة أو ظهر حياً وكان يظنه ميتاً ، لم يكن هذا عنراً مقبولا للرجوع في الهبة . ذلك أنه وقت الهبة كان له ولد ، ومع ذلك وهب المال للموهوب له موثراً إياه على ولده ، فلا يحق له بعد ذلك الرجوع في الهبة حتى لو زاد عدد أولاده^(١) .

ولا يكفي أن يرزق الواهب ولداً بعد الهبة أو يظهر ولده بعد الهبة حياً بعد أن ظنه قد مات ، بل يجب أن الولد الذي رزقه أو ظهر حياً يبقى حياً إلى وقت الرجوع في الهبة . فإذا مات الولد قبل أن يرجع الواهب في الهبة ، فقد زال العذر للرجوع وامتنع هذا الحق .

وهذا العذر كغيره من الأعذار لا يجعل الهبة مفسوخة من تلقاء نفسها ، بل يجب رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بفسخها . وليس للقاضي هنا سلطة تقديرية كالسلطة التي له في الأعذار الأخرى ، فتي ثبت له أن الواهب قد رزق ولداً بعد الهبة أو ظهر له ولد حياً كان يظنه ميتاً ، وطلب الواهب الرجوع في الهبة ، وجب على القاضي أن يحكم بالفسخ^(٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والمفروض في ذلك أن الواهب لم يكن لديه ولد وقت الهبة ثم رزق الولد بعدها ، أو كان له ولد ظنه ميتاً فوهب ثم ظهر الولد ، فرجع في الهبة . أما إذا كان له ولد وقت الهبة ، ثم رزق ولداً بعد ذلك ، فليس له الرجوع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩١) .

(٢) وفي التقنين المدنى الفرنسى (٩٦٠ م) لا حاجة إلى حكم بالفسخ ، بل تعتبر الهبة مفسوخة من تلقاء نفسها بحكم القانون . ويترتب على ذلك فرقان بين التقنين الفرنسى والتقنين المصرى : (أولاً) أن الواهب إذا رزق الولد بعد موته (*enfant posthume*) ، أى أن الولد كان جنيناً ولم يولد إلا بعد موت الواهب ، كان هذا كافياً في التقنين الفرنسى لأن الهبة فيه تنفسخ من تلقاء نفسها . ولا يبدو أن هذا يكفي في التقنين المصرى ، لأن فسخ الهبة لا يكون إلا بحكم القاضي ، ولا يجوز لورثة الواهب أن يتقدموا بطلب الفسخ لأن حق الرجوع لا ينتقل إلى الورثة كما قدمنا . (ثانياً) أن موت الولد قبل الرجوع في الهبة لا يمنع انفساخ الهبة في التقنين الفرنسى ، ويمنع الرجوع في الهبة في التقنين المصرى كما ستر القول .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على الرجوع في الهبة

١٤٧ - فيما بين المتعاقدين وبالفنية إلى الغير : الرجوع في الهبة ، كما قدمنا ، تقابل إذا تم بالتراضي ، وفسخ إذا تم بالتقاضي . وسواء كان تقابلا أو فسحا ، فإن الآثار التي تترتب عليه تختلف فيما بين المتعاقدين عنها بالنسبة إلى الغير .

المطلب الأول

أثر الرجوع في الهبة فيما بين المتعاقدين

١٤٨ - المهور من القانونية : تنص المادة ٥٠٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ « يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن » .

٢ - « ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفق من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب » .

وتنص المادة ٥٠٤ على ما يأتي :

١ - « إذا استولى الواهب على الشيء الموهوب بغير التراضي أو التقاضي ، كان مسئولاً قبل الموهوب له عن هلاك الشيء سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال » .

٢ - « أما إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد

الموهوب له بعد إعذاره بالتسليم ، فيكون الموهوب له مسئولاً عن هذا الهلاك ولو كان الهلاك بسبب أجنبي (١) .

ولامقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، وكانت أحكام الفقه الحنفى هى التى تسرى فى عهد التقنين لأن هذه المسائل من الأحكام الموضوعية للهبة (٢) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٧١ - ٤٧٢ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٤٩٢ - ٤٩٣ - وفى التقنين

(١) تاريخ النصوص :

م ٥٠٣ : ورد هذا النص فى المادة ٦٨٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى فى المشروع التمهيدى كانت تنتهى بالعبارة الآتية : « وذلك دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق » . وأضافت لجنة المراجعة إلى هذه العبارة كلمة « بموض » ، وأقرت النص تحت رقم ٥٣١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٣ ، ولكن النص النهائى للمادة سقطت منه العبارة التى كانت تتضمنها الفقرة الأولى فى المشروع التمهيدى ، دون أن يظهر من الأعمال التحضيرية كيف حذفت هذه العبارة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦) .

م ٥٠٤ : ورد هذا النص فى المادة ٦٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٣٢ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٦ - ص ٢٩٨) .

(٢) وقد جاء فى المادة ٥٢٧ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا : « لا يصح الرجوع فى الهبة إلا بترضى العاقدين أو بحكم الحاكم . فإذا رجع الواهب بأحدهما ، كان رجوعه إبطالا لأثر العقد فى المستقبل وإعادة للملكة . فلو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل القضاء أو الرضاء ، فهلكت أو استهلك ، ضمن قيمتها للموهوب له ، وإذا طلبها بعد القضاء ، ومنمها الموهوب له ، فهلكت فى يده ، ضمنها » .

والعبرة بتاريخ صدور الهبة ، فإن صدرت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام الفقه الحنفى ، وإلا سرت أحكام التقنين الجديد .

المدنى العراقى م ٦٢٤ - ٦٢٥ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى
م ٥٢٥ - ٥٢٧ و ٥٢٩ - ٥٣٠ (١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م ٥٧١ - ٤٧٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٩٢ - ٤٩٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٢٤ : ١ - إذا رجع الراهب فى هبته بالتراضى أو بالتقاضى ،
كان رجوعه إبطالا لأثر العقد من حين الرجوع وإعادة لملكه . ٢ - ولا يرد الموهوب له
الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى . وله أن يرجع بجميع ما أنفق
من المصروفات الاضطرارية . أما المصروفات النافعة فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد
فى قيمة الموهوب . م ٦٢٥ : إذا أخذ الواهب الموهوب قبل الرضاء أو القضاء كان غاصباً ،
فلو هلك الموهوب أو استهلك ضمن قيمته للموهوب له . أما إذا طلبه بعد القضاء ومنته الموهوب
له بعد إذاره بالتسليم ، فهلك فى يده ، ضمنه .

(وأحكام التقنين العراقى متفقة فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين
العراقى يجعل أثر الرجوع فى الهبة غير رجمى ويبدأ من حين الرجوع ، جرياً على أحكام الفقه
الحنفى - انظر الأستاذ حسن النون فقرة ٦٦ - فقرة ٦٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥٢٥ : عند الرجوع فى الهبة فى الحالة التى
نصت عليها المادة السابقة (حالة أن يرزق للواهب ولدا) ، تعاد الأموال الموهوبة إلى الواهب .
وإذا كان قد جرى التفرغ عنها ، فيعاد إليه ما يساوى قيمة الكسب المتحقق إذ ذاك للموهوب
له . أما إذا كانت الأموال الموهوبة مرهونة . فللواهب أن يفك رهناً ويدفع المبلغ الذى رهنت
لتأمينه ، وإنما يبقى له حق الرجوع فى هذا المبلغ على الموهوب له .

م ٥٢٦ : إن اخق فى إقامة دعوى الرجوع عن الهبة لظهور أولاد بعدها بسقط بحكم مرور
الزمن بعد خمس سنوات تبتدئ من تاريخ ولادة الولد الأخير ، أو من التاريخ الذى عرف فيه
الواهب أن ابنه الذى حسبه ميتاً مازال حياً ، وليس بجائز المدول عن حق إقامة تلك الدعوى ،
فهو ينتقل ب وفاة الواهب إلى أولاده وأعقابيه .

م ٥٢٧ : تبطل الهبة بناء على طلب الواهب إذا لم يقيم الموهوب له أو إذا كف عن القيام بأحد
الشروط أو التكاليف المفروضة عليه . وتطبق فى إعادة الأموال إلى الواهب القواعد المخصوص
عليها فى المادة ٥٢٥ المتقدم ذكرها .

م ٥٢٩ : عند الرجوع عن الهبة بسبب ظهور أولاد أو بسبب الجحود . أو عند تخفيض =

١٤٩ - اعتبار الربة كأنه لم تكن : إذا رجع الواهب في الهبة ،

سواء كان رجوعه بالتراضي أو بالتقاضى على النحو الذى قدمناه ، فإن الهبة تفسخ . وإذا كان للفسخ أثر رجعى فيما بين المتعاقدين . فإن الهبة تعتبر كأن لم تكن (م ١/٥٠٣ مدنى) .

ولكن حتى تفسخ الهبة ، يجب التقابل منها بالتراضى على الرجوع ، أو صدور حكم قضائى بفسخها لعذر مقبول كما سبق القول . وقبل التراضى أو التقاضى تكون الهبة قائمة ، ولا يستطيع الواهب أن يمتنع عن تسليم الشيء الموهوب إذا كان لم يسلمه ، ولا يستطيع أن يسترده إذا كان قد سلمه^(١) . فإذا استرده بعد أن سلمه ، بغير التراضى أو التقاضى ، كان غاصباً وكانت يده بد ضمان . ويترتب على ذلك أن الشيء إذا هلك فى يده بعد استرداده ، سواء كان قد استهلك الشيء بالاستعمال أو هلك الشيء بفعله أو هلك بسبب أجنبي ، كان ضامناً ، ووجب عليه أن يدفع للموهوب له قيمة الشيء وقت الهلاك (م ١/٥٠٤ مدنى) . ذلك أن الشيء لا يزال مملوكاً للموهوب له ، وقد هلك فى يد غاصب ، فتجب القيمة وقت هلاكه . بل إن الواهب فى هذه الحالة لا يستطيع

= الهبة لكونها فاحشة ، لا يعيد الموهوب له الثمار إلا ابتداء من يوم إقامة الدعوى . أما إذا كان الرجوع لعدم القيام بالتكاليف أو بالشروط ، فيجب على الموهوب له أن يرجع مع المال الثمار التى جناها مذكف عن القيام بتلك التكاليف أو الشروط أو منذ أصبح فى حالة التأخر لعدم تنفيذها . م ٥٣٠ : لا يجوز المدول مقدماً عن دعوى إبطال الهبة بسبب الجحود . وتسقط هذه الدعوى بحكم مرور الزمن بعد سنة واحدة تبتدئ من يوم علم الواهب بالأمر ، ولا ينتقل حق الواهب فى إقامة تلك الدعوى إلى ورثته إذا كان مقتدرأ على إقامتها ولم يفعل . وكذلك لا تصح إقامتها على وريث الموهوب له إذا لم تكن قد أقيمت على الموهوب له قبل وفاته .

(وأحكام التقنين اللبنانى مقتبسة فى مجموعها من أحكام التقنين المدنى الفرنسى)

(١) كذلك لا يجوز للواهب التصرف فى الشيء الموهوب قبل التراضى أو التقاضى

(طحا الجزئية ٢١ مارس سنة ١٩٢٩ الهامة ٢٠ رقم ٥٢ ص ١٢٦)

أن يدراً مسئوليته عن الهلاك برجوعه في الهبة إذا قام عنده عنرمقبول ،
ذلك أن الرجوع في الهبة يمتنع على الواهب إذا هلك الشيء كما قدمنا .

١٥٠ - رد الموهوب إلى الواهب : أما إذا تم الرجوع في الهبة
بالتراضى أو التقاضى ، فإن الهبة تفسخ كما قدمنا وتعتبر كأن لم تكن ،
ويترتب على ذلك أن الواهب لا يلتزم بتسليم الموهوب إذا كان لم يسلمه ،
ويستطيع أن يسترده من الموهوب له إذا كان قد سلمه .

وإذا هلك الشيء في يد الموهوب له بعد أن تم الرجوع في الهبة ،
فإن هلك بفعل الموهوب له أو باستهلاكه إياه كان ضامناً لهذا الهلاك ،
ووجب عليه تعريض الواهب . أما إذا هلك بسبب أجنبي ، فإن الهلاك
يكون على الواهب ، ما لم يكن قد أعذر الموهوب له بالتسليم وهلك
الشيء بعد الإعذار فالهلاك في هذه الحالة يكون على الموهوب له
(م ٢/٥٠٤ مدنى) . وليس هذا إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

١٥١ - رجوع الواهب بالثمرات : أما ثمرات الشيء الموهوب
فتبقى ملكاً للموهوب له إلى يوم التراضى أو التقاضى . فإلى هذا اليوم
يعتبر الموهوب له حسن النية ، إذ هو يحضى ثمرات ملكه ، فلا يكون
مسئولاً عن ردها إلى الواهب .

أما من يوم التراضى على الرجوع ، أو من يوم رفع دعوى الرجوع
فيعتبر مقبول ، فإن الموهوب له يصبح سبى النية فلا يملك الثمرات .
ومن ثم يجب عليه ردها إلى الواهب من ذلك الوقت (م ٢/٥٠٣ مدنى) .

١٥٢ - رجوع الموهوب بالمصرفات : ومن جهة أخرى
يرجع الموهوب له على الواهب بما أنفق من المصروفات على الشيء
الموهوب بالتفصيل الآتى :

إذا كانت المصروفات ضرورية ، رجع بها كلها على الواهب (م ٢/٥٠٣ مدني) .

وإذا كانت المصروفات نافعة ، رجع على الواهب بأقل القيمتين : المصروفات التي أنفقها أو زيادة قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصروفات (م ٢/٥٠٣ مدني) .

وإذا كانت المصروفات كمالية ، لم يرجع بشيء على الواهب . ولكن يجوز له أن ينزع من الشيء الموهوب ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، وذلك ما لم يختر الواهب أن يستبقى هذه المنشآت بدفع قيمتها مستحقة الإزالة . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التي قررتها المادة ٣/٩٨٠ مدني إذ تقول : « فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » .

ويبدو أن الواهب إذا ألزم برذ المصروفات للموهوب له على التفصيل الذي قدمناه ، يستطيع أن ينتفع بالأحكام المقررة في المادة ٩٨٢ مدني ، فيطلب أن يكون الوفاء بهذه المصروفات على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وتقول المادة ٩٨٢ مدني في هذا الصدد : « يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين . وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط ، مخصوماً منها فوائد لها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » .

المطلب الثاني

أثر الرجوع في الهبة بالنسبة إلى الغير

١٥٣ - ليس للرجوع أثر رجعي ؛ يمكن القول بوجه عام إن الرجوع في الهبة ، سواء تم بالتراضي أو بالتقاضي ، ليس له أثر رجعي بالنسبة إلى الغير ، بل تجب حماية حقوق الغير حسن النية وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، إذ كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٠٣ مدني (م ١/٦٨٧ من المشروع) تجرى على الوجه الآتي : « يترتب على الرجوع في الهبة ، بالتراضي أو بالتقاضي ، أن تعتبر الهبة كأن لم تكن ، وذلك دون إخلال بكسبه الغير حسن النية من حقوق » . ولكن العبارة الأخيرة من النص حذفت ، ولا يظهر من الأعمال التحضيرية أين وكيف حذف هذا النص^(١) . ولكن العبارة المحذوفة ليست إلا تقريراً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن ، فيمكن إعمالها بالرغم من حذفها مع مراعاة القواعد التي تسري على الهبة بوجه خاص^(٢) .

ومن ثم يجب التمييز بين ما إذا كان الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً يبيع أو هبة أو غير ذلك من العقود الناقلة للملكية ، أو كان قد رتب على الشيء الموهوب حقاً عينياً كحق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية .

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦ - وانظر آنفاً فقرة

٦٢١ في الهامش .

(٢) ولعل وجوب مراعاة هذه القواعد هو الذي أدى إلى حذف العبارة (قارن الأستاذ

محمود جمال الدين زكي فقرة ٨٠) .

١٥٤ - تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً :

قدمنا أنه إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً يبيع أو هبة أو وقف أو بغير ذلك من الأسباب الناقلة للملكية أو المسقطه لها ، أصبحت الهبة لازمة وامتنع على الواهب الرجوع . ويستوى في ذلك العقار والمنقول^(١) . ويمتنع الرجوع ، سواء عن طريق الفسخ بالتقاضي أو عن طريق التقايل بالتراضي . ولا يقال في هذه الحالة إن الرجوع في الهبة ليس له أثر رجعي ، بل الأصح أن يقال إن الرجوع في الهبة ممتنع أصلاً .

وإذا امتنع على الواهب الرجوع في الهبة ، فإنه لا يستطيع ، حتى عند قيام العذر المقبول للرجوع ، أن يطالب الموهوب له بتعويض يقوم مقام الشيء الموهوب^(٢) .

١٥٥ - ترتيب الموهوب له على الشيء الموهوب مفاضلياً : وقد

لا يتصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً ، بل يقتصر على ترتيب حق عيني كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن .

ويجب في هذه الحالة ، وقد انعدم النص ، تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأنه إذا كان الشيء الموهوب عقاراً ، وترتب حق الغير على العقار الموهوب بعد تسجيل صحيفة دعوى الرجوع في الهبة أو بعد تسجيل التراضي على الرجوع في الهبة ، فلإن حق الغير في هذه الحالة لا يسرى

(١) انظر آنفاً فقرة ٦١٤ .

(٢) وهذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي ، فإنه يقضى في الفقرة الثانية من المادة ٩٥٨ منه ، إذا كان الرجوع في الهبة للبحود وكان الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب ، بأن يرد الموهوب له للواهب قيمة الشيء الموهوب وقت رفع دعوى الرجوع . أما إذا كان الرجوع بسبب أن الواهب قد رزق ولداً بعد الهبة ، فإن الهبة في التقنين المدني الفرنسي تنفسخ من تلقاء نفسها كما قدمنا ، ويكون لا نفاذها أثر رجعي حتى بالنسبة إلى الغير (م ٩٦٣ مدني فرنسي) .

بالنسبة إلى الواهب ، ويسترد الواهب العقار الموهوب خالياً من كل حق للغير ، ويرجع الغير على الموهوب له بالتعويض طبقاً للقواعد العامة . أما إذا كان حق الغير قد ترتب وحفظ قانوناً قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع أو قبل تسجيل التراضي على الرجوع ، فإن كان الغير حسن النية ، أى لا يعلم قيام عذر مقبول للرجوع في الهبة ، سرى حقه بالنسبة إلى الواهب ، ولم يستطع هذا أن يسترد العقار الموهوب إلا مثقلاً بالحق العيني المترتب للغير . ولا يرجع الواهب بتعويض عن هذا الحق على الموهوب له . وإذا كان الغير سيئ النية ، أى يعلم وقت كسبه للحق قيام عذر مقبول للرجوع في الهبة ، فإن حقه لا يسرى بالنسبة إلى الواهب ، واسترد الواهب العقار خالياً من حقوق الغير ، ورجع الغير على الموهوب له طبقاً للقواعد العامة .

وإذا كان الشيء الموهوب منقولاً ، ورجع الواهب في الهبة بالتراضي مع الموهوب له ، فإن الرجوع في هذه الحالة لا يؤثر في حقوق الغير ، ولا يسترد الواهب المنقول الموهوب إلا مثقلاً بهذه الحقوق . أما إذا كان الرجوع بالتقاضي ، فإن فسخ الهبة بحكم القضاء يكون له أثر رجعى حتى بالنسبة إلى الغير ، فيسترد الواهب المنقول خالياً من حقوق الغير . وهذا ما لم يكن الغير قد حاز حقه وهو حسن النية ، بأن كان له حق انتفاع أو حق رهن حيازة مثلاً وحاز المنقول لينتفع به أو ليرتبه وهو حسن النية ، ففي هذه الحالة تكون الحيازة في المنقول سنداً لحق الغير ، ولا يستطيع الواهب أن يسترد المنقول إلا مثقلاً بهذا الحق .

الباب الثاني

عقد الشركة



مقدمة

§ ١ - تعريف عقد الشركة ومقوماته وخصائصه

١٥٦ - تعريف عقد الشركة - نص قانوني : تنص المادة ٥٠٥ من

التقنين المدني على ما يأتي :

« الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي ، بتقديم حصة من مال أو عمل ، لاقتسام ١٠ قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة » (١) .

(٥) مراجع في عقد الشركة : بودري وفال في الشركة والقرض والوديعة طبعة ثالثة سنة ١٩٠٧ - أوبري ورو وبارتان وإسمان ٦ طبعة سادسة سنة ١٩٥١ - بيدان ١٢ طبعة ثانية سنة ١٩٤٧ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ طبعة ثانية سنة ١٩٥٤ - هيمار (Hémar) في بطلان الشركات الواقعية طبعة ثانية سنة ١٩١٦ - اسكارا (Escarra) في القانون التجاري سنة ١٩٥٤ - ريبير في القانون التجاري طبعة ثانية سنة ١٩٥١ - ليون كان ورينو (Lyon-Caen et Renault) في القانون التجاري طبعة خامسة جزء ٢ في الشركات - فورنييه وبلانشيه (Fournier et Blancher) ، في النظام القانوني والضرائبي للشركات المدنية سنة ١٩٥٣ - أندريه مورو (André Moreau) في الشركات المدنية ونظمها القانونية والضرائبية سنة ١٩٥٤ - بيتروسكا (Petrusca) في الشركات المدنية في القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - بلانيول وريبير وبولانجييه الطبعة الثالثة جزء ٢ - كولان وكايتان ودلامورانديير الطبعة التاسعة جزء ٢ - جوسران الطبعة الثانية جزء ٢ - انسيكلوبيدي داللو جزء ٥ لفظ (Société civile) .

الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة جزء ٢ سنة ١٩٥٢ - الأستاذ حسن علي الذنون في العقود المسماة بغداد سنة ١٩٥٤ .

ونحيل إلى الطبقات المبينة فيما تقدم عندما نشير فيما يلي إلى أحد هذه المراجع .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق

مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى وردت فيه عبارة =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٤١٩ / ٥١١ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٤٩٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٢٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٤٤ (٢) .

« مشروع اقتصادي » بدلا من عبارة « مشروع مالي » - ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٥٣٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت عبارة « مشروع اقتصادي » بعبارة « مشروع مالي » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلحته تحت رقم ٥٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠١ وص ٣٠٣) .

(١) التقنين المدني السابق م ٥١١ / ٤١٩ : الشركة عقد بين اثنين أو أكثر يلتزم به كل من المتعاقدين وضع حصة في رأس المال لأجل عمل مشترك بينهم وتقسيم الأرباح التي تنشأ عنه بينهم .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في الموازنة بين هذا التعريف للشركة والتعريف الوارد في المادة ٥٠٥ من التقنين المدني الجديد ما يأتي : « يتميز هذا التعريف (تعريف التقنين الجديد) عن تعريف التقنين المصري (السابق) بأنه يبرز عناصر الشركة وخصائصها الأساسية . فيذكر أنها تكوين رأس مال مشترك من مجموع حصص الشركاء بقصد تحقيق غرض اقتصادي . وهو بذلك يميز الشركة عن الجمعية التي يقصد بها عادة تحقيق غايات اجتماعية أو أدبية أو غيرها من الأغراض العامة التي لا شأن لها بالكسب المادي . على أنه لما كانت بعض الجمعيات ، دون أن تقوم بعمليات صناعية أو تجارية ودون أن توزع أرباحاً بين أعضائها ، تسمى إلى تحقيق غرض اقتصادي ، كالجمعية الزراعية الملكية واتحاد الصناعات . . فإن المشروع يبين في التعريف السابق أن الغرض من الشركة هو استغلال رأس المال للحصول على ما يدره من الأرباح وتوزيعها بين الشركاء . والواقع أن الفقه والقضاء جريا على أن توزيع الأرباح الناتجة عن العمل المشترك هو القصد الأساسي من قيام الشركة . كما أضاف المشروع عبارة « اقتسام الخسائر المحتملة » لأن النية في الاشتراك والتعاون عن طريق قبول أخطار معينة واقتسام الخسائر التي قد تنتج عن العمل المشترك هي من صلب عقد الشركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٤٩٤ (موافق) ، وقد ذكر عبارة « مشروع اقتصادي » بدلا من عبارة « مشروع مالي » ، ولم يذكر اقتسام الخسائر .

ويمكن استخلاص مقومات الشركة من هذا التعريف . فالشركة :
(١) عقد ومن ثم يستلزم اشتراك شخصين أو أكثر . (٢) يساهم فيه كل
من الشركاء بحصة في رأس مال الشركة . (٣) بنية الاشتراك والتعاون
عن طريق قبول أخطار معينة . (٤) ومع مساهمة كل شريك في الأرباح
والخسائر .

١٥٧ - الشركة عقد : فالشركة عقد مسمى . وبقتضى كونها عقداً
أن تكون لها أركان العقد المعتادة : التراضي والمحل والسبب ، وسيأتى
بيان ذلك .

ولا بد من أن يشترك أكثر من شخص واحد في الشركة ، شأنها في
ذلك شأن أى عقد آخر . إلا أن الشركة تختلف عن العقود الأخرى ، كالبيع
والإيجار ، في أن أطراف العقد فيها ، وهم الشركاء ، مصالحهم بعد تكوين
الشركة متحدة غير متعارضة . ومن ثم قسمت العقود إلى عقد ذاتي
(contrat Subjectif) واتفاق منظم (convention institutionelle) .
فالعقد الذاتي هو اتفاق بين شخصين لهما مصلحتان متعارضتان ، وتكون
الرابطة بينهما رابطة ذاتية عرضية تقتصر عليهما . مثل ذلك عقد البيع ،
نرى فيه تعارضاً بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري ، والرابطة بين
المتعاقدين ذاتية مقصورة عليهما ، وهى لا تلبث أن تزول في أهم
مشمولاتها بانتقال ملكية المبيع إلى المشتري . أما الاتفاق المنظم ، كالشركة ،

= التقنين المدني العراقي م ٦٢٦ (موافق وقد ذكر عبارة « مشروع اقتصادى » بدلا من عبارة
« مشروع مالى » - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٧٣ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٤٤ : الشركة عقد متبادل بمقتضاء يشترك شخصان
أو عدة أشخاص في شيء بقصد أن يقتسموا ما ينتج عنه من الربح .
(والتعريف في مجموعه موافق لتعريف التقنين المصرى) .

فعلى النقيض من العقد الذاتى يوجد مركزاً قانونياً منظماً (statut, institution) هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد ، فيسرى على الغير كما يسرى على الطرفين . ولا تعارض ما بين مصالح الشركاء فى الشركة ، بل لهم جميعاً غرض مشترك .

على أن التمييز بين العقد الذاتى والاتفاق المنظم ليس على قدر كبير من الوضوح . فهناك من العقود الذاتية ما يوجد رابطة مستمرة غير وقتية كعقد الإيجار ، وقد يجاوز أثر هذه الرابطة غير المتعاقدين كالمشتري للعين المؤجرة . كذلك الوكالة ، وهى عقد ذاتى ، يجاوز أثرها هى أيضاً المتعاقدين إلى الغير الذى يتعامل مع الوكيل . ومن جهة أخرى نرى الشركاء فى الشركة ، وهى اتفاق منظم ، لهم مصالح متعارضة عند تكوين الشركة ، إذ كل شريك يريد أن يعطى للشركة أقل حصة ممكنة ويفوز بأكبر ربح ممكن . ومن ثم ندرك السبب فى أن تقسيم العقد إلى عقد ذاتى واتفاق منظم وجعل الشركة اتفاقاً منظماً لا عقداً ذاتياً ، وهو تقسيم ابتدعه ديجيه فى الفقه الإدارى ، لم يسد فى الفقه المدنى^(١) .

على أنه من الممكن القول إن الشركة فى مرحلة تكوينها تشترك مع سائر العقود فى خصائصها . ولكنها بعد التكوين تصبح أقرب إلى نظام منها إلى عقد ذاتى ، لاسيما بعد أن تضمنى الشخصية المعنوية على هذا النظام مقومات تفصله عن الشركاء بنواتهم^(٢) .

١٥٨ - صاهمة كل شريك بحصة فى رأس مال الشركة : ولا بد أن

يساهم كل شريك بحصة فى رأس مال الشركة ، وهذه الحصة هى التى تحدد

(١) الوسيط الجزء الأول ص ١٦٨ هامش رقم ١ .

(٢) انظر ريبيير فى القانون التجارى فقرة ٥٨٣ وما بعدها . أوبرى ورو وإيمان

٦ ص ٧ هامش رقم ١ .

عادة نصيبه في أرباح الشركة وفي خسائرها . وهذا لا يمنع ، بعد تحديد حصة الشريك في رأس المال ، من أن يتبرع له سائر الشركاء بهذه الحصة فيعفونه من الوفاء بها ، وتتضمن الشركة في هذه الحالة هبة مكشوفة أو مستورة على حسب الأحوال ، وسيأتى بيان ذلك . أما الشركة التي لا يحدد فيها لكل شريك حصته من رأس المال ، سواء ألزم الشريك بالوفاء بها كما يقع عادة أو تبرع له بها سائر الشركاء كما يقع نادراً ، فإنها تكون شركة باطلة .

والحصة قد تكون نقوداً أو أوراقاً مالية أو منقولات أو عقارات أو حق انتفاع أو عملاً أو اسماً تجارياً أو شهادة اختراع أو ديناً في ذمة الغير ، وكل ما يصلح أن يكون محلاً للالتزام يصلح أن يكون حصة في الشركة ، وسيأتى بيان ذلك تفصيلاً . وبديهي أنه ليس من الضروري أن تكون حصص الشركاء متساوية في القيمة ، أو متجانسة في النوع . وتضم حصص الشركاء بعضها إلى بعض ، فيتكون من مجموعها رأس مال الشركة «le capital social» ، ورأس المال هذا يقوم بذاته مستقلاً عن أموال كل شريك ، وهو الذى يستثمر لتوزيع أرباحه أو خسائره على الشركاء .

١٥٩ - نية الاشتراك والتعاون هي طرفي قبول أنظار معينة :

وهذا عنصر نفسى من مقومات الشركة . فلا يكفى لقيام شركة أن يكون هناك مال مشترك بين عدد من الأشخاص يستغلونه جميعاً بحسب طبيعته ، فالشيوع يتحقق فيه هذا الوصف وليس بشركة^(١) .

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٧ ص ١٢ - وتنص المادة ٤٩٥ من التقنين المدنى الليسى على ما يأتى : « المشاركة التى تتكون أو يحتفظ بها لجرد الانتفاع بشئ أو أكثر تنظمها أحكام المادة ٨٢٥ وما يليها من هذا القانون » (أى أحكام الحائظ المشترك) .

وليس الفرق ما بين الشركة والشيوع ، كما كان يقال ، أن الشركة عقد والشيوع غير عقد ، فالشيوع قد يكون مصدره العقد كالشركة . ولكن الشيوع ، سواء كان مصدره العقد أو الميراث أو غير ذلك ، مال مشترك لشركاء في الشيوع يستغلونه بحسب طبيعته . فإن كان داراً أو أرضاً سكنوها أو زرعوها أو أجروها ، وإن كان نقوداً أو أوراقاً مالية استولوا على فوائدها ، وإن كان منقولاً أجروه أو انتفعوا به بحسب طبيعته . أما الشركة فلا بد فيها من أن تكون عند الشركاء نية الاشتراك في نشاط ذي تبعة ، يأملون من ورائه الربح ولكن قد يعود عليهم بالخسارة ، ولا يقتصرون على مجرد استثمار مال مشترك بحسب طبيعته كما هي الحال في الشيوع^(١) . ونية الاشتراك في نشاط ذي تبعة هي التي يطلق عليها عبارة (affectio societatis) أى نية تكوين شركة ، أو إرادة كل شريك في أن يتعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوى على قدر من المخاطرة .

ووجود هذه النية عند الشركاء يدل عليه بوجه خاص طبيعة النشاط الذي اشتركوا فيه ، وهو مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع^(٢) .

١٦٠ - مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر : ويستتبع وجود

نية الاشتراك في نشاط ذي تبعة يعود على الشركاء بالربح أو بالخسارة ، أن يساهم كل شريك في تبعة هذا النشاط ، فيتقاسم الشركاء الأرباح ، وبوزعون فيما بينهم الخسائر . فإذا أغنى أحد الشركاء من تحمل الخسائر مع مقاسمته للأرباح ، أو حرم من مقاسمته للأرباح مع تحمله للخسائر ، كانت الشركة شركة الأسد (société léonine) ، وكانت باطلة . وفي هذا تقول

(١) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٨١ ص ٢٣٧ - ص ٢٣٨ .

(٢) بلانيول وريبير وليبارنيير ١٢ ص ٢٣٧ وهاش رقم ٣ .

الفقرة الأولى من المادة ٥١٥ مدني ، « إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا ، وسيأتي تفصيل ذلك . كذلك إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم لا في الأرباح ولا في الخسائر ، بل يقتصر على استرداد حصته بعد انقضاء الشركة ، فإن هذا لا يكون شريكاً ، بل يكون قد قدم مالا للشركة على سبيل القرض دون فائدة أو على سبيل العارية تبعاً لطبيعة هذا المال (١) .

وهذه المساهمة في الأرباح وفي الخسائر هي التي تخرج من يقدم مالا لتاجر ، على أن يشترك معه في الربح دون الخسارة ، عن أن يكون شريكاً . وإنما يكون مقرضاً ، أقرض التاجر المال بفائدة تتفاوت بتفاوت الأرباح ، ومن ثم يجب أن تسري أحكام القرض فلا تزيد الفوائد في أية حال على ٧٪ (٢) .

(١) وإذا اتفق شخصان أو أكثر على تكوين رأس مال يساهمون فيه ، على أن يستأثر كل منهم بدوره بالانتفاع برأس المال مدة معينة ، فالمقد ليس بشركة ، إذ لا مساهمة في أرباح أو في خسائر (أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٧ ص ١٢ - ص ١٣ - بودري وقال ٢٢ فقرة ١٠ - وهذا ما يسمى بقرض الائتمان المؤجل prêt à crédit différé انظر مايل فقرة ٢٧١) - وإذا تألفت هيئة من المؤلفين الموسيقيين بفرض الحصول على حق كل عضو فيها قبل الغير عن أعماله الموسيقية مع عدم جزء لقاء النفقات ، فإن هذه الهيئة لا تكون شركة وإن أسست نفسها بذلك ، لأنها لم تجمع حصصاً من الشركاء بفرض تقسيم الربح والخسارة عليهم ، بل هي وكيلة عن أعضائها في الحصول على حقوقهم . وقد أنكرت محكمة الاستئناف المختلطة على هذه الهيئة الشخصية المعنوية ، فمنها من أن تتقاضى باسمها ، وإنما يتقاضى الوكيل العام للهيئة بصفته وكيلًا عن كل المؤلف موسيق بالذات (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٤) . وكان من الممكن أن يكون للهيئة شخصية معنوية ، لا باعتبارها شركة بل باعتبارها جمعية .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا رما على مقاول مزاد إنشاء بناء ، وتعاقد معه آخر بمقتد وصف بأنه شركة ، وكان من شروطه أن يصرف ذلك الآخر على العملية من ماله ، وأن يسترد جميع ما صرفه سالماً مهما كانت نتيجة العملية ، ويستولى على ربح محقق يقدر بفائدة مثوية بالنسبة إلى قيمة مرسى المزاد بصرف النظر عما يصرفه فعلاً ، وقام المقاول بمباشرة العمل ، كان هذا المقتد في حقيقته مخفياً لقرض وليس بشركة . ولا يغير من هذه الحقيقة احتفاظ

وهذه المساهمة أيضاً هي التي تخرج العمال، الذين يتقاضون فوق أجورهم نصيباً من أرباح المصنع الذي يعملون فيه ، عن أن يكونوا شركاء لصاحب المصنع ، فهم يشاركونه في الربح ولا يتحملون معه الخسارة . والنصيب من أرباح المصنع الذي يمنح للعامل يعتبر جزءاً من أجرته ، فلا يخرج العامل عن أن يكون أجيراً تسرى عليه أحكام عقد العمل . فيجوز فصله ، ويستحق التعويض المقرر ، ولا يشارك في إدارة المصنع ، ولا يطلب حساباً عن هذه الإدارة ، ولا يكون مسئولاً عن ديون المصنع^(١) .

وليس من الضروري أن تكون أرباح الشركة نقوداً ، بل يصح أن تكون مالا من نوع آخر . فقد تتكون شركة وتستغل رأس مالها في بناء عمارات ذات طبقات ، تخصص لكل شريك طبقة يسكنها . وقد تتكون شركة وتجعل

= المقرض بحق شراء المهمات والإشراف على أبواب الإنفاق ، وذلك بواسطة مندوب يتحمل المقاول مرتبه (استئناف مصر ٨ أبريل سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٤٤) .
وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كانت حصة الشريك عيناً نقل ملكيتها إلى الشركة مقابل مبلغ معين يستول عليه عند تصفية الشركة ويستول على فوائده ما دامت الشركة باقية دون أن يشارك في الخسارة ، فالمقد ليس بشركة والشريك ليس إلا بائناً للعين (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٤) .

(١) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٦٨١ ص ٢٣٦ - وقد نصت المادة ٨٤٥ من تقنين الموجبات والمقود البناني على ما يأتي : « إن إشتراك المستثمرين أو مثل الأشخاص المعنويين أو الشركات في جزء من الأرباح كأجر كلي أو جزئي يعطى لهم لما يقومون به من الخدمات لا يكتفى لمنحهم صفة الشريك » - انظر أيضاً استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧٥ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٢

وإذا خصصت شركة سجاير عمولة لشخص لتوزيع سجايرها ، فاستخدم هذا الشخص شخصاً آخر لتوزيع هذه السجاير في أحد الأقاليم مقابل جزء من العمولة ، لم يكن العقد بين هذين الشخصين شركة (أسبوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٩ رقم ٥٥ ص ١١٢) .
وإذا استخدم شخص آخر في تقسيم أرضه وبيعها مقسمة في نظير نسبة معينة من الثمن ، لم يكن هذا العقد شركة ، بل هو عقد مقاول (استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠١) .

رأس مالا آلات زراعية ، ينتفع بها كل من الشركاء على نظام تحدده الشركة . بل قد يكون الربح هو مجرد توفى خسارة مادية محتملة ، كما إذا تأسست شركة من حاملي سندات شركة أخرى بقصد الدفاع عن مصالح حاملي هذه السندات والحيلولة دون هبوط أسعار السندات (١) .

١٦١ - **فصائص عقد الشركة** : وعقد الشركة عقد شكلي (solennel) ،

وهو من العقود الملزمة للجانبين (synallagmatique) ، ومن عقود المعاوضة (à titre onéreux) ، ومن العقود المحددة (commutatif) .

فالشركة عقد شكلي ، لأنها لا تنعقد إلا بالكتابة ، وتقول المادة ٥٠٧ في هذا الصدد : « يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً ، وإلا كان باطلاً » . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في شكل الشركة .

وهي عقد من العقود الملزمة لجميع أطرافها . فكل شريك يلتزم نحو الشركة ، والشركة تلتزم نحو كل شريك ، بالتزامات معينة سيأتى بيانها . ويسبق تكوين الشركة عقد ما بين الشركاء يتفقون فيه على تكوين الشركة ، ففي هذا الاتفاق يلتزم الشركاء بعضهم نحو بعض (٢) .

(١) انظر في فرنسا قانون ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ - وانظر بلانيول وبرسيير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٨٣ - بل إن جمعيات التعاون تهدف إلى تحقيق أرباحها عن طريق توفير أرباح الوسطاء ، فيكون ربح الشريك في هذه الجمعيات هو شراء السلعة بثمان أرخص أو إنتاجها بتكاليف أقل أو اقتراض النقود بسعر منخفض (انظر بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٨٣ ص ٢٤١ - ص ٢٤٢) . على أن جمعيات التعاون تخضع لقوانين خاصة ، ولا تدخل ضمن الشركات المدنية بل ضمن الجمعيات كما سيأتى (انظر في هذا المعنى فورنييه في الجمعيات المدنية ص ١٥ - وقارن محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية ٩ سبتمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٣ ص ٢٩ . محكمة بور سعيد الجزئية الوطنية ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٠٩ ص ٢١٦) . ويقضى قانون ١٠ سبتمبر سنة ١٩٤٧ في فرنسا بأن تكون جمعيات التعاون شركات مدنية (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٩٦ مكررة) .

(٢) يرنب على ذلك أنه إذا لم يقم أحد الشركاء بما تعهد به من تقديم حصته أو غير =

وهي من عقود المعارضة ، وقد قدمنا أن كل شريك يقدم حصة في رأس المال ، ويستولى في نظير تقديمه لهذه الحصة على نصيبه في أرباح الشركة إذا كانت هناك أرباح . ويصح أن تتضمن الشركة تبرعاً مكشوفاً أو تبرعاً مستتراً أو تبرعاً غير مباشر . تتضمن تبرعاً مكشوفاً إذا تبرع سائر الشركاء لأحدهم بحصته فأغفوه من تقديمها بعد تحديدها على النحو الذي قدمناه ، ويكون التبرع مكشوفاً إذا ظهر من عقد الشركة أن الشريك أعفى من تقديم حصته . وفي هذه الحالة يجب أن تستوفي الهبة شكلها فتكون في عقد رسمي ، وإلا كانت باطلة ، وألزم الشريك بدفع حصته . وقد يتضمن عقد الشركة تبرعاً مستتراً ، إذا ذكر في العقد أن الشريك قد دفع حصته ويكون في الحقيقة قد أعفى من دفعها ، وفي هذه الحالة تكون الهبة مسترة تحت اسم عقد الشركة^(١) ، فلا تستلزم الرسمية شأن كل هبة مسترة . وقد يتضمن عقد الشركة هبة غير مباشرة إذا أعطى الشريك نصيباً في الأرباح أكبر من حصته في الشركة ، فيكون ما زاد من الأرباح هبة غير مباشرة ، ولا تستوجب الرسمية^(٢) .

والشركة عقد محدد ، وليست بعقد احتمالي . وقد يتوهم أنها عقد احتمالي من احتمال أن يساهم الشريك في خسائر الشركة إذا خسرت بدلاً من أن.

= ذلك ، جاز لأي شريك آخر أن يطلب فسخ العقد ، وللقاضي أن يقدر ما إذا كان يستجيب لطلب الفسخ طبقاً للقواعد المقررة في فسخ العقد . وقد نصت المادة ٥٣٠ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ - يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء ، لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء ، ويقدر القاضي ما ينطوي عليه هذا السبب من خطورة تسرع الحل ٢ - ويكون باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك » . انظر الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٤٠٣ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٨ .

(٢) انظر في هذا المعنى بو دري وقال ٢٣ فقرة ٦ .

تربيع . ولكن العقد يكون محددًا إذا كان المتعاقد يعرف وقت العقد قدر ما يعطى وقدر ما يأخذ ، والشريك يعرف ذلك . فهو يعطى حصته من رأس المال ويساهم في نصيب معين من الأرباح إذا وجدت ، وهذا كافٍ لجعل العقد محددًا . أما احتمال الخسارة فلا يجعل عقد الشركة عقدًا احتماليًا ، وإلا كان عقد إيجار أرض زراعية عقدًا احتماليًا لاحتمال أن تقل قيمة المحصول عن أجرة الأرض (١) .

١٦٢ - استنباه هذه الشركة بفقرة أخرى : بعد أن حددنا مقومات عقد الشركة وبيننا خصائص هذا العقد ، أصبح من المتيسر أن نميز عقد الشركة عن غيره من العقود التي يشبه بها :

فقد يشبه عقد الشركة بعقد البيع فيما إذا اتفق المؤلف والناشر على أن يتقاضى المؤلف نسبة معينة من أرباح الناشر في مقابل حقه في التأليف . فإذا كان الناشر هو الذي قام بنفقات نشر الكتاب وهو وحده الذي يتحمل خسائره المحتملة ، فلأن ربح شاركة المؤلف في ربحه بنسبة معينة ، فالعقد بيع لا شركة (٢) . ذلك أن المؤلف في هذه الحالة لا يساهم في الخسائر (٣) ، فهو قد باع مؤلفه بثمن يزيد أو ينقص بحسب الأرباح التي يحصل عليها الناشر . أما إذا اشترك المؤلف مع الناشر في نفقات النشر ، واتفقا على المساهمة في الأرباح والخسائر ، فالعقد شركة : ويكون شركة أيضًا إذا قام الناشر بتقديم نفقات النشر على أن يستردها أولاً مما يحصل عليه من بيع

(١) بودرى وقال ٢٣ فقرة ٨ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٨٠

ص ٢٣٦ .

(٢) كولان وكايتان ٢ فقرة ١١٦٦ .

(٣) ولا يقال إنه خسر عمله في التأليف ، لأن هذا العمل يقابله حقا لمؤلف الممنوع

في كتابه وهذا الحق لا يزال باقياً له .

الكتاب ، ثم يتقاسم بعد ذلك مع المؤلف ما يزيد على النفقات بنسبة معينة^(١). وإذا نزل صاحب المتجر عن متجره لشخص آخر ، على أن يأخذ منه نسبة معينة من الأرباح دون أن يشاركه في الخسارة ، فالعقد بيع لا شركة .

ويشبه عقد الإيجار في المزارعة بعقد الشركة . فإذا أعطى صاحب الأرض الزراعية أو صاحب الأرض المغروسة بالأشجار الأرض مزارعة لشخص آخر في مقابل أخذ صاحب الأرض نسبة معينة من المحصول ، كان العقد مزارعة ، أى إيجاراً لا شركة . ذلك أن صاحب الأرض يأخذ أجرة أرضه نسبة من المحصول ، فإذا كان المزارع قد لحقته خسارة فصاحب الأرض لا يساهم فيها ، وقد رأينا أن الشريك يجب أن يساهم في الربح وفي الخسارة . ومن ثم ألحق المشرع عقد المزارعة بعقد الإيجار (المواد ٦١٩ - ٦٢٧ مدني) ، وذكر صراحة في المادة ٦٢٠ مدني أن أحكام الإيجار تسرى على المزارعة .

ويشبه عقد العمل بعقد الشركة فيما قدمنا من أن العامل لو كان يأخذ ، بالإضافة إلى أجره ، نصيباً معيناً من الأرباح ، فالعقد عقد عمل لا عقد شركة ، لأن العامل لا يشارك صاحب العمل في الخسارة ، ولا يشارك في إدارة العمل ، ولا يكون مسئولاً عن ديون صاحب العمل^(٢) .

ويشبه عقد الوكالة بعقد الشركة فيما إذا فوض الدائن شخصاً أن يقبض حقه من المدين في مقابل نسبة معينة من الدين ، فالعقد وكالة مأجورة لا شركة ، لأن الوكيل لا يشارك الدائن في الخسارة إذا لم يقبض الدين ، بل هو يأخذ أجراً على وكالته نسبة معينة من الدين .

(١) وتكون نفقات النشر التي قدمها الناشر قرضاً يسترده من الشركة قبل توزيع الأرباح - انظر في مثل آخر لعقد وصف في ظاهره بأنه عقد شركة إلا أنه في حقيقته وفي قصد المتعاقدين عقد بيع ، نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٣٨ ص ٢٢٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

ويشبه عقد القرض بعقد الشركة فيما إذا أعطى شخص مالا إلى تاجر على أن يشاركه في الأرباح . فالعقد هنا قرض ، لأن المقرض لا يساهم في الخسارة ، وقد قدمنا أنه إنما أقرض التاجر المال بفائدة تتفاوت بتفاوت الأرباح ، ومن ثم يجب أن تسرى أحكام القرض فلا تزيد الفوائد في أية حال على ١٠٪ (١) .

§ ٢ - أنواع الشركات المختلفة والتميز فيما بينها

١٦٣ - تدرج الجماعات من الأغراض غير المادية إلى الأغراض

المادية : تجمع الناس في طوائف يتركز نشاطها لتحقيق أغراض معينة ظاهرة قديمة ، وقد زادها تطور الحضارة قوة وانتشاراً . فقد زادت الأغراض التي تهدف الجماعات لتحقيقها وتعمدت ، وكان من وراء التطور الاقتصادي وتقدم الصناعة أن قامت الشركات الكبيرة وتعددت أنواعها وأشكالها .

وتتدرج الجماعات ، من ناحية الأغراض التي تقوم على تحقيقها ، من أغراض غير مادية إلى أغراض مادية على النحو الآتي : (١) الجمعيات والمؤسسات وتلحق بها جمعيات التعاون والنقابات ، وهذه تحقق أغراضاً مختلفة ، ولكنها تشترك جميعاً في أنها أغراض لا يدخل فيها الحصول على ربح مادي (٢) . (٢) الشركات المدنية وهذه جماعات تقوم بمشروعات مالية

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

وإذا اتفق شخصان على أن يحول كل منهما رأس مال إلى إيراد مرتب طول حياته وبعد موته يتحول الإيراد إلى الشخص الآخر ، لم يكن هذا الاتفاق - ويعرف في القانون الفرنسي القديم باسم *tontine* - شركة ، لأن الطرفين لا يساهمان في ربح أو في خسارة ، بل إن أحدهما يكسب إذا مات الآخر قبله (أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ *Société civile* فقرة ١٥) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢١٥ - ٩ يونيو سنة ١٩٢٧ م

للحصول على ربح مادي كما سبق القول ، ولكن المشروعات المالية التي تقوم بها لا تدخل في أعمال التجارة المذكورة على سبيل الحصر في التقنين التجاري . (٣) الشركات التجارية ، وهذه جماعات تقوم بمشروعات مالية للحصول على ربح مادي كالشركات المدنية ، ولكن المشروعات التي تقوم بها ، على خلاف المشروعات التي تقوم بها الشركات المدنية ، تدخل في أعمال التجارة . (٤) الشركات المدنية ذات الشكل التجاري ، وهذه شركات مدنية تقوم بمشروعات لا تدخل في أعمال التجارة ، ولكنها تتخذ الشكل التجاري لدعم نظامها وتيسير نشاطها .

١٦٤ - الجمعيات والمؤسسات والجمعيات النماز والنفابات : وقد

تناول التقنين المدني الجديد تنظيم الجمعيات والمؤسسات . فالجمعية جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادي (م ٥٤ مدني) . وتندرج أغراض الجمعيات من أغراض خيرية محضة ، إلى أغراض نفعية تعود بالفائدة على أعضائها ولكن هذه الفائدة ليست ربحاً مادياً . وهذا هو أيضاً شأن المؤسسات ، فالمؤسسة شخص اعتباري ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة ، لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأي عمل من أعمال البر أو النفع العام ، دون قصد إلى ربح مادي (م ٦٩ مدني) . وتختلف المؤسسة عن الجمعية في أن المؤسسة تنشأ بتخصيص مال للغرض المقصود وتحقيقه ، أما الجمعية فتنشأ باجتماع جماعة من الناس لتحقيق الغرض المقصود ، هذا إلى أن المؤسسة تخضع لنظام أدق ولرقابة أشد .

والأغراض التي تقوم الجمعيات والمؤسسات على تحقيقها متنوعة كما قدمنا ، فقد تكون أغراضاً ذات صفة إنسانية لا يقصد بها إلا البر والنفع العام ، كجمعيات الإسعاف والهلال الأحمر والصليب الأحمر والرفق

بالحيوان . وقد تكون أغراضاً دينية ، كجمعيات تحفيظ القرآن وجمعيات المبشرين ونحوها . وقد تكون أغراضاً اقتصادية ، كالجمعية الزراعية . وقد تكون أغراضاً اجتماعية ، كجمعية الاتحاد النسائي وجمعيات الخدمة الاجتماعية . وقد تكون أغراضاً علمية ، كجمعية الاقتصاد والتشريع وجمعيات التأليف والترجمة والنشر^(١) وجمعيات الدراسات التاريخية والجغرافية والاجتماعية وجمعيات مكافحة الأمراض المختلفة . وقد تكون أغراضاً فنية ، كجمعيات الموسيقى والغناء والتمثيل والأدب والشعر . وقد تكون أغراضاً رياضية ، كنوادي الألعاب الرياضية ونحوها . وقد تكون غير ذلك من الأعمال التي لا يقصد بها الحصول على ربح مادي ، كالنوادي السياسية^(٢) والنوادي الاجتماعية^(٣) . وقد تجمع الجمعية الواحدة غرضين أو أكثر من هذه الأغراض . وهذه الأغراض ، كما نرى ، منها ما هو ذو صفة إنسانية بارزة لا يقصد به إلا البر والنفع العام ، ومنها أغراض نفعية تعود بالفائدة المعنوية أو المادية على أعضاء الجمعية ، ولكنها فائدة لا يدخل فيها الربح المادي .

ويلحق بالجمعيات والمؤسسات جمعيات التعاون والنقابات المختلفة .

(١) وهذه الجمعيات إذا قصدت أن تحقق ربحاً مادياً من وراء عملها كانت شركات مدنية ، فإذا اتخذت شكلاً تجارياً كانت شركات مدنية ذات شكل تجاري . ويجوز لجمعية النشر ، إذا كانت تقصد إلى الربح المادي فتصبح بذلك شركة مدنية ، أن تقسم رأس مالها إلى حصص أو أسهم دون أن تتخذ الشكل التجاري . ولكن ذلك لا يقصر مسئولية الشركاء عن ديون الشركة على قيمة الأسهم التي يحملها كل شريك ، بل يكون كل شريك مسئولاً في ماله الخاص ، عن ديون الشركة بنسبة ما يحمل من الأسهم (انظر في هذا المعنى فورييه في الشركات المدنية فقرة ٧ ص ٢٤ - ص ٢٥ وفقرة ٥٣) .

(٢) انظر في أن النادي المسمى ليس شركة مدنية ، بل هو جمعية : محكمة مصر الكلية

الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢/٦١٨ ص ٧٥٠ .

(٣) استئناف مخطوط ١١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٤ .

وجمعيات التعاون تتميز بأنها جمعيات تقوم على أغراض نفعية تعود بفوائدها مادية على أعضائها ، ويتركز تحقيق هذه الأغراض في التعاون . وتنوع ضروب التعاون . فهناك تعاون في الاستهلاك ، يعين المتعاونين في الحصول على السلع بأسعار رخيصة . وهناك تعاون في الإنتاج ، يعين المتعاونين في الحصول على أدوات الإنتاج كالآلات الزراعية والسماد والبذرة ونحوها . وهناك التعاون في الائتمان ، يعين المتعاونين في الحصول على قروض . وهناك التعاون في التأمين ، يتمثل في جمعيات التأمين التعاونية (assurance mutuelle) . وجمعيات التعاون كثيرة منتشرة في مصر ، كجمعيات التعاون المنزلى والتعاون الزراعى والتعاون الاقتصادى والتعاون الصناعى والمصارف التعاونية والتأمين التعاونى . وجمعيات التعاون قوانين خاصة تنظمها بما يتفق مع طبيعة كل نوع من أنواع هذه الجمعيات وأغراضها^(١) .

أما النقابات فهي جماعات ، تضم كل جماعة منها أبناء الحرفة الواحدة ينظمون في نقابة للدفاع عن مصالح هذه الحرفة ولتنظيم العمل فيها وللسمى في إصلاح شؤونها ، كنقابة المحامين ونقابة الأطباء ونقابة المهندسين وغيرها ، وكل نقابة ينظمها قانون خاص . وأهم النقابات من الناحية الاقتصادية والناحية السياسية هي نقابات العمال ، فقد أصبحت قوات ضخمة في داخل الدولة تنظم شؤون العمل وتدافع عن مصالح العمال ، وتنظم هذه النقابات أيضاً قوانين خاصة^(٢) .

١٦٥ — الشركات المدنية : أما الشركات المدنية فتقوم لتحقيق أغراض

(١) ويبدو أن اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢ مدنى وما بعدها) وملكية الأسرة (م ٨٥١ مدنى وما بعدها) أقرب إلى الشركات المدنية منها إلى الجمعيات التعاونية (أنسيكلويدى دالوز • لفظ *société civile* فقرة ٢٨٣ وفقرة ٢٨٤) .

(٢) وقد نصت المادة ٨٠ مدنى على أن « الجمعيات الخيرية والتعاونية والمؤسسات الاجتماعية والنقابات ينظمها القانون » .

تعود عليها بالربح المادى كما قدمنا . ولكن المشروعات المالية التى تقوم بها الشركات المدنية لا تدخل فى أعمال التجارة ، وهى الأعمال التى عدتها المادة الثانية من التقنين التجارى على سبيل الحصر . وأهم هذه الأعمال هى شراء البضائع والسلع لأجل بيعها أو تأجيرها ، وعقود المقاوله المتعلقة بالمصنوعات والتجارة والنقل البرى والبحرى ، وعقود التوريد ، ومعاملات المصارف ، والأعمال المتعلقة بالكيميالات والسندات والصرافة والسمسرة ، والمقاولات المتعلقة بإنشاء مبانٍ متى كان المقاول متعهداً بتوريد الأدوات ، والأعمال المتعلقة بالسفن من إنشاء أو شراء أو بيع أو إبحار أو إقراض أو تأمين أو استخدام للبحريين .

فلذا خرج عمل عن الأعمال التى عددها النص أعمالاً تجارية ، كان هذا العمل مدنياً ، وإذا قامت شركة بهذا العمل كانت شركة مدنية . وأهم الأعمال المدنية هى الأعمال المتعلقة بالعقارات وبالمحصولات الزراعية وبالمناجم وبالمقاولات الخاصة بالأراضى وبالأعمال الفنية والعلمية والرياضية إذا قصد منها تحقيق ربح مادى . ومن ثم تكون الشركات التى تقوم بشراء الأراضى وبيعها واستغلالها^(١) ، وبناء الدور وبيعها واستغلالها ، شركات مدنية ، وكذلك الشركات التى تجمع الأراضى والعقارات من أصحابها لاستغلالها وتوزيع أرباحها على الأعضاء . وتعد شركات مدنية أيضاً الشركات التى تقوم باستغلال المناجم وحفر الترع ، ولكن هذه الشركات تتخذ عادة الشكل التجارى^(٢) - والشركات التى تقوم بأعمال فنية أو علمية مأجورة

(١) استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٩٥ - ٢٤ يونيه سنة ١٩١٥ م

٢٧ ص ٤٤٠ .

(٢) ويمكن تكوين شركة مدنية لاستغلال آلات زراعية أو تربية مواش . كما يمكن تكوين شركة مدنية بين مهندسين أو أطباء أو محاسبين أو خبراء أو معلمين أو موسيقيين أو منفذين أو مثليين أو خياطين أو غيرهم من يباشرون أعمالاً لا تعتبر أعمالاً تجارية ، ويقرب من ذلك شركة -

بقصد توزيع الربح على الأعضاء ، كشركات التمثيل والغناء وإدارات المدارس ودور النشر والصحف والمجلات ، كل هذه تعتبر شركات مدنية (١) .

١٦٦ - **الشركات التجارية** : وأهم الشركات هي الشركات التجارية ، فهي تقوم بدور أساسي في الحياة الاقتصادية . وهي قسمان ، شركات أشخاص وشركات أموال .

فشركات الأشخاص هي شركة التضامن (société collective) وشركة التوصية (société en commandite) وشركة المحاصة (société en participation) : أما شركة التضامن فهي الشركة التي يعقدها شخصان أو أكثر

= تقبل الأعمال في الفقه الإسلامي . وتعتبر شركات مدنية الشركات المكونة لتوريد المياه للمدن أو لاستغلال المياه المعدنية .

انظر في أمثلة للشركات المدنية بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٨٨ ص ٢٤٦ .
(١) وأهمية التمييز بين الشركات المدنية والشركات التجارية تظهر في مسائل منها :
(أ) شكل الشركات التجارية وإجراءات تكوينها تختلف عنها في الشركات المدنية . (ب) في الشركة المدنية الشريك مسئول عن ديون الشركة حتى في ماله الخاص ولكن من غير تضامن ، أما في الشركة التجارية فتارة يكون مسئولاً في ماله الخاص بالتضامن وتارة يكون مسئولاً في حدود الأسهم التي يحملها . (ج) موت الشريك أو إخراج عليه أو إعساره أو إفلاسه أو انسحابه من الشركة المدنية يقضيها ، ولا يقع ذلك غالباً في الشركة التجارية . (د) الشركة المدنية تخضع للقضاء المدني ، والشركة التجارية تخضع للقضاء التجاري . (هـ) طرق الإثبات وسعر الفائدة تختلف في الشركات المدنية عنها في الشركات التجارية . (و) كل ما نشأ عن أعمال الشركة التجارية من الدعاوى على الشركاء غير المأمورين بتصفية الشركة يسقط بخمس سنين من تاريخ انتهاء الشركة (م ٦٥ تجاري) ، أما في الشركات المدنية فمدة التقادم خمس عشرة سنة . (ز) يجوز شهر إفلاس الشركة التجارية وتصفيتها تصفية قضائية ، ولا يجوز ذلك في الشركة المدنية .

وإذا كانت الشركة الواحدة تباشر أعمالاً بعضها مدني وبعضها تجاري ، اتخذت صفتها تبعاً للأعمال الغالبة . وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أنها تكون تجارية ، ما لم تكن الأعمال التجارية التي تباشرها هي أعمال تابعة للأعمال المدنية (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٩١ - فورنييه في الشركات المدنية فقرة ٦) .

بقصد الاتجار ، ويكون جميع الشركاء ملزمين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة حتى في أموالهم الخاصة . وشركة التوصية هي الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر يكونون مسئولين بالتضامن كما في شركة التضامن ، وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب حصص مالية فيها وخارجين عن الإدارة ولا يكونون مسئولين إلا في حدود حصصهم من رأس المال ويسمون موصين . وشركة المحاصة هي شركة تقوم ما بين الشركاء وحدهم ولا تكون شركة في حق الغير ، فمن عقد من الشركاء المحاصين عقداً مع الغير يكون مسئولاً عنه وحده دون غيره من الشركاء المحاصين ، ثم تقسم على الشركاء الأرباح والخسائر التي تنشأ من أعمالهم ، سواء حصلت منهم منفردين أو مجتمعين ، وذلك على حسب الشروط المتفق عليها في عقد الشركة .

وشركة التوصية على التحديد الذي قدمناه هي شركة أشخاص بالنسبة إلى الشركاء المتضامنين ، وشركة أموال بالنسبة إلى الشركاء الموصين . وقد تكون حصص الشركاء الموصين في رأس مال الشركة أسهماً ، فتسمى الشركة عندئذ بشركة توصية بالأسهم (société en commandite par actions) . وأهم شركات الأموال هي شركة المساهمة (société anonyme) ، يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة ، ويكون لكل شريك عدد من هذه الأسهم ، ويتفاوت الشركاء تفاوتاً كبيراً في عدد الأسهم التي يملكونها . ولا يكون كل شريك مسئولاً إلا في حدود الأسهم التي يملكها . وقد وضع القانون قيوداً كثيرة على تأسيس شركات المساهمة ، قصد بها حماية المساهمين وحماية المتعاملين مع هذه الشركات^(١) ، ولا يجوز تأسيس شركة المساهمة إلا بأمر يصدر من السلطة العامة .

(١) وأهم هذه القيود ، وقد وردت في القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ ، ما يأتي :

(أ) لا يجوز الترخيص في إنشاء شركة مساهمة إلا إذا كان من الأعضاء المؤسسين سبعة على الأقل (م ١/٢) . (ب) يجب أن يكون رأس مال الشركة كافياً لتحقيق غرضها، وألا يقل =

وهذه القيود كثيراً ما تعوق الشركات من أن تتخذ صفة الشركة المساهمة ومن أن تنتفع بمزاياها ، وأهمها تحديد مسؤولية كل شريك بالأسهم التي يملكها من رأس المال . لذلك استحدث المشرع المصري ، بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ ، نوعاً من الشركات كانت الحاجة ماسة إليه ، سميت بالشركات ذات المسؤولية المحدودة (société à responsabilité limitée) . وقد أعفيت هذه الشركات من أكثر قيود شركات المساهمة ، مع استبقاء مزياتها الجوهرية وهي أن تكون مسؤولية الشركاء مقصورة على مقدار الحصص التي يملكونها في هذه الشركة . ولكن هذه الشركات يحيط بها قيدان أساسيان : (١) فلا يجوز أن يقل رأس مالها عن ألف جنيه ، ويقسم رأس المال إلى حصص متساوية لا تقل قيمة كل منها عن عشرين جنياً . (٢) ولا يجوز أن يزيد عدد الشركاء فيها عن خمسين شريكاً ، ولا يقل عن اثنين فإن كان بين الشركاء زوجان يجب أن يكون عدد الشركاء ثلاثة على الأقل .

١٦٧ - الشركات المدنية ذات الشكل التجاري : وقد تجد شركة مدنية ،

كشركة لبيع الأراضي أو شركة لاستغلال المناجم أو شركة لحفر الترع أو نحو ذلك من الشركات المدنية الهامة ، من المناسب أن تتخذ شكلاً من أشكال الشركات التجارية كشكل الشركة المساهمة أو شكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شكل شركة التوصية بالأسهم . ويكون الغرض من ذلك أن تجمع الشركة رأس المال الكافي للقيام بأعمالها ذات التكاليف

= في أي حال ما يكون مدفوعاً منه عند تأسيس الشركة عن عشرين ألف جنيه . ولا تؤسس الشركة إلا إذا كان رأس مالها مكتوباً فيه بالكامل ، وقام كل مكتتب بأداء الربع على الأقل من القيمة الاسمية للأسهم النقدية التي اكتتب فيها (م ١/٦) . (ج) يقسم رأس مال الشركة إلى أسهم متساوية لا تقل القيمة الاسمية لكل منها عن جنين (م ١/٧) .

ثم صدرت بعد ذلك تشريعات أوردت ق. د. أ. ع. ن. ف. ت. ل. ليس هنا مكان بحثها .

الكثيرة ، ويتيسر لها ذلك لو أنها جعلت رأس المال أسهماً يكتب فيها الجمهور ، وفي الوقت ذاته تبقى مسئولية الشركاء محددة في الأسهم التي يحملها كل شريك ، فلا يكونون مسئولين في أموالهم الخاصة . وهاتان مزيتان جوهريتان تحصل عليهما الشركة المدنية إذا اتخذت شكل شركة تجارية يتكون رأس مالها من أسهم . فإذا اتخذت شركة مدنية الشكل التجارى على النحو الذى أسلفناه ، فهل تكون هذه الشركة مدنية تبعاً لطبيعة أعمالها ، أو تصبح تجارية تبعاً للشكل الذى اتخذته ؟

كان الرأى المعمول به في فرنسا ، قبل قانون سنة ١٨٩٣ ، أن الشركة المدنية إذا اتخذت شكلاً تجارياً تعتبر شركة تجارية من حيث مسئولية الشركاء نحو دائتى الشركة . فإذا اتخذت شكل شركة التضامن أصبح الشركاء مسئولين بالتضامن حتى في أموالهم الخاصة عن ديون الشركة ، وإذا اتخذت شكل شركة التوصية أو شركة المساهمة أصبح الشركاء الموصون أو المساهمون مسئولين بقدر أسهمهم فقط . وغنى عن البيان أن الشركة المدنية في هذه الحالة يجب أن تستوفى الإجراءات اللازمة لتكوين الشركة التجارية التى اتخذت شكلها . أما أعمال الشركة المدنية ذات الشكل التجارى فتبقى أعمالاً مدنية ، ومن ثم لا تكون المحكمة التجارية مختصة بل المختص هى المحكمة المدنية ، ولا تلتزم الشركة بأن تحتفظ بالدفاتر التى تحتفظ بها الشركة التجارية ، ولا تكون مدة التقادم خمس سنوات وهى المدة الخاصة بالشركات التجارية ، ولا يجوز شهر إفلاس الشركة المدنية ذات الشكل التجارى ولا تصفيتها تصفية قضائية . ثم صدر في فرنسا قانون أول أغسطس سنة ١٨٩٣ ، عقب اضطراب الحالة المالية لشركة بناما وكانت شركة مدنية ذات شكل تجارى فكان لا يمكن شهر إفلاسها مما سبب ضياع أموال المساهمين^(١) . وقد قضى هذا القانون بأن أية شركة مدنية تتخذ

(١) انظر أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٩ ص ٣٢ هامش رقم ٨ فيما يختص بشركة بناما .

شكل شركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم تصبح شركة تجارية ، فتسرى عليها القوانين والعادات التجارية . ومن ثم أصبح يجوز شهر إفلاس الشركة المدنية ذات الشكل التجارى وتصفيها تصفية قضائية ، ووجب على هذه الشركة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية ، وتكون المحكمة التجارية هي المختصة . ولكن نظراً لأن أعمال الشركة هي بطبيعتها أعمال مدنية ، فالرأى الغالب فى فرنسا أن القواعد المدنية فى الإثبات وفى سعر الفائدة ، لا القواعد التجارية ، هي التى تسرى (١) .

. وليس فى مصر تشريع يقابل قانون سنة ١٨٩٣ فى فرنسا (٢) ، ولكن الفقه والقضاء يجيزان أن تتخذ الشركة المدنية الشكل التجارى . فإذا اتخذت شكل شركة المساهمة ، وجب أن تراعى الإجراءات والشروط اللازمة لتكوين هذه الشركة ، وخضعت لقواعد الإدارة والرقابة التى ينص عليها القانون فى الشركات المساهمة ، وتحددت مسئولية الشركاء بالأسهم التى يحملها كل منهم . وكذلك الحكم إذا اتخذت الشركة المدنية شكل الشركة ذات المسئولية المحدودة أو شكل شركة التوصية . فإذا اتخذت شكل شركة التضامن ، كان الشركاء مسئولين عن ديون الشركة حتى فى أموالهم الخاصة بطريق التضامن . ولكن الشركة المدنية ذات الشكل التجارى فى مصر - وأعمالها بطبيعتها أعمال مدنية - لا تخضع للقضاء التجارى ، ولا تلتزم

(١) أنظر أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٩ ص ٣٢ - ص ٣٥ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ٩٩٢ - فقرة ٩٩٥ مكررة - فورنييه فى الشركات المدنية فقرة ٧ .

(٢) اشتمل التقيمين المدنى الليبى على نص فى هذه المسألة ، هو المادة ٤٩٦ من هذا التقنين ، وتجرى على الوجه الآتى : « الشركات التى يكون غرضها القيام بعمل يختلف عن المشاريع التجارية تنظمها الأحكام التالية ، ما لم يتفق الشركاء على تأسيس الشركة على نمط أحد أنواع الشركات التجارية المحضة . وفى هذه الحالة تخضع الشركة لأحكام القانون التجارى الخاصة بذلك النوع الذى وقع عليه الاختيار ، ويدخل فى ذلك القيد فى السجل التجارى ، إلا أنها لا تخضع للتفليس » .

بالاحتفاظ بالدفاتر التجارية ، وتكون مدة التقاد م فيها هي المدة المقررة في القانون المدني ، وقواعد الإثبات فيها وسعر الفائدة هي القواعد المدنية ، ولا يجوز شهر إفلاسها ولا تصفيتها تصفية قضائية^(١) . على أن هناك طائفتين من الأحكام التجارية تسريان على الشركة المدنية ذات الشكل التجارى في مصر ، وذلك بموجب نصوص خاصة : (١) تسرى على هذه الشركة أحكام قانون السجل التجارى ، متى اتخذت شكل شركة المساهمة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركة التوصية بالأسهم ، وذلك بموجب القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٤ . (٢) وتسرى على هذه الشركة أيضاً الأحكام الخاصة بالضرائب على الأرباح التجارية والصناعية متى اتخذت شكل شركة المساهمة ، وذلك بموجب القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالضرائب على الثروة المنقولة^(٢) .

§ ٣ - التنظيم التشريعى لعقد الشركة

١٦٨ - **فقد الشركة في التقنين المرنى السابق** : لم يكن التقنين المدني السابق مقلا في النصوص التى خصصها لعقد الشركة ، ولكن كان يعوزه الترتيب ، وينقصه بعض الأحكام الأساسية ، وقد جاءت بعض أحكامه مبهمة في حاجة إلى الإيضاح ، أو معيبة في حاجة إلى التعديل ، أو مسبهة في حاجة إلى الإيجاز .

فقد عقد باباً للشركة ، قسمه إلى فصلين . نظم في الفصل الأول منهما عقد الشركة ، فعرفها ، وأورد الأحكام المتعلقة بمخصص الشركاء وكيفية

(١) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٣ - ١٢ فبراير سنة ١٩١٨

م ٣٠ ص ٢٥٨ .

(٢) الأستاذ محمد كامل أمين ملش في الشركات سنة ١٩٥٧ فقرة ٤٠ - فقرة ٤٧ -

الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٤٤٠ .

تقسيم الربح والخسارة ، ثم أورد الأحكام المتعلقة بإدارة الشركة ، فالأحكام المتعلقة بانقضاءها . ونظم في الفصل الثاني تصفية الشركة وقسمة أموالها بين الشركاء ، وحقوق دائني الشركة ، وحقوق الدائنين الشخصيين للشركاء ، وحق الاسترداد عند بيع الحصة الشائعة . فجاء ترتيب الأحكام غير خال من الاضطراب ، هذا إلى أن هناك أحكاماً كثيرة لم يذكرها التقنين السابق فتلافي التقنين الجديد هذا النقص .

١٦٩ — **عقد الشركة في التقنين المدني الجديد** : وقد عني التقنين المدني الجديد بعقد الشركة ليس فحسب لأن الشركات المدنية قد زادت أهميتها في الوقت الحاضر ، بل أيضاً لأن النصوص المتعلقة بالشركة المدنية تعتبر نصوصاً أساسية للشركات المدنية والتجارية جميعاً ، فتسرى هذه النصوص على الشركات التجارية ما لم تتعارض مع النصوص الخاصة الواردة في التقنين التجاري في خصوص هذه الشركات^(١) .

فعرف التقنين المدني الجديد عقد الشركة ، واعتبرها بمجرد تكوينها شخصاً معنوياً . ثم قسم النصوص الباقية إلى أقسام خمسة : (١) أركان الشركة . (٢) وإدارة الشركة . (٣) وآثار الشركة بالنسبة إلى الشركاء (٤) وطرق انقضاء الشركة . (٥) وتصفية أموال الشركة .

ففي أركان الشركة ، أوجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً ، وأورد الأحكام المتعلقة بمحصر الشركاء سواء كانت هذه المحصر

(١) ونقول المادة ١٩ من التقنين التجاري في هذا الصدد : « وتتبع في هذه الشركات (التجارية) الأصول العمومية المبينة في القانون المدني والشروط المتفق عليها بين الشركاء والقواعد الآتية » (أي قواعد التقنين التجاري) . وكانت المادة ٤٤٧ / ٤٤٤ من التقنين المدني السابق تنص على أنه « تتبع هذه القواعد (المدنية) في كافة الشركات ، مع عدم الإخلال بما هو منصوص في قانون التجارة فيما يتعلق بمواد الشركات التجارية » .

مبالغ من النقود أو حقوق ملكية أو حقوق عينية أخرى أو ديوناً أو عملاً ،
وبين كيف تتقاسم الشركاء الربح أو الخسارة .

وفي إدارة الشركة ، حدد سلطة الشريك المنتدب للإدارة سواء كان
هذا الشريك واحداً أو متعدداً ، وحدد سلطة المدير غير الشريك ، وبين
حقوق الشركاء غير المديرين .

وفي آثار الشركة بالنسبة إلى الشركاء ، بين كيف تنقضى الشركة
بانقضاء مدتها أو بانتهاء عملها أو بهلاك مالها أو بموت أحد الشركاء
أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه أو انسحابه ، أو بطلب أحد الشركاء
حل الشركة ، ومتى يجوز فصل الشريك ومتى يجوز لإخراج الشريك نفسه
من الشركة .

وفي تصفية أموال الشركة ، بين من يقوم بالتصفية ، وحدد سلطة
المصنف ، وذكر كيف تقسم أموال الشركة بين الشركاء بعد التصفية
وسداد الديون . وأحال في قسمة الشركات على القواعد المتعلقة بقسمة
المال الشائع .

١٧٠ - مزايا التقنين الجديد في عقد الشركة : وقد بينت المذكرة

الإيضاحية للشروع التمهيدى مزايا التقنين الجديد في تنظيمه لعقد الشركة في
عبارة مفصلة ، نكتفي هنا بنقلها :

« حرص المشرع في عرضه لقواعد الشركة على أن يتبع ترتيباً أقرب
إلى المنطق من الترتيب الذى جرى عليه التقنين الحالى (السابق) ، فهو
يستعرض أحكامها في ستة أقسام تناول الأحكام العامة وأركان عقد الشركة
وإدارتها وآثارها فيما بين الشركاء وبالنسبة للغير ، وطرق انتهائها وأخيراً
تصفيتها ثم قسمة الأموال . وقد وجد المشروع هنا أيضاً السبيل واسعاً
إلى التنقيح ، فأضاف نصوصاً جديدة ، وحذف نصوصاً لا فائدة منها ،
وعدل أحكاماً معينة أو مبهمة . »

« أضاف نصوصاً جديدة في تقرير الشخصية القانونية للشركات وإجراءات نشرها ، ووجوب توفر الشكل الكتابي في عقد الشركة ، وحصة الشريك إذا لم تكن إلا عملاً أو ديوناً في ذمة الغير ، واحتساب الأغلبية العددية ، وتحديد حقوق الدائنين الشخصيين للشركاء . كذلك فيما يتعلق بطرق انقضاء الشركة ، أضاف المشروع نصوصاً جديدة في امتداد الشركة ، وهلاك الشيء ، ووفاة أحد الشركاء أو انسحابه أو فصله . أما فيما يتعلق بتصفية الشركات وقسمتها ، فإن المشروع أدخل تجديدًا هاماً ، فهو - خلافاً للتقنين الحالي (السابق) - لا يعرض في باب الشركة إلا لتصفية الشركات وقسمة أموالها بين الشركاء . أما القواعد العامة للقسمة ، فقد أوردتها في باب الملكية على الشبوع . وقد تكلم في تصفية الشركة على انتهاء سلطة المديرين ، وبقاء شخصية الشركة ، وتعيين المصنئ وتحديد سلطاته ، وقسمة الصافي من أموال الشركة على الشركاء . »

« وحذف نصوصاً لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة ، دون أن تكون في ذكرها فائدة . من ذلك تعيين الحصة وبيان نوعها ووجوب حصرها إذا كانت شاملة لكل أموال الشريك (م ٤٢٢ / ٥١٤ مدني سابق) ، وزمان الوفاء بالحصة (٤٢٣ / ٥١٥ مدني سابق) ، وإحلال الشريك غيره محله في الشركة (م ٤٤٢ / ٥٣٩ مدني سابق) ، وعدم الإخلال بما هو منصوص عليه في قانون التجارة فيما يتعلق بمواد الشركات التجارية (م ٤٤٧ / ٥٤٤ مدني سابق) . »

« وعدل أحكاماً معينة ، وحدد أحكاماً مهمة وأوجز في أحكام مسببة . من ذلك تعريفه لعقد الشركة تعريفاً يبرز عناصرها وخصائصها الأساسية ، وتحديد حصص الشركاء وافترض تساويها في القيمة وعدم جواز اقتصارها على ما يكون للشركاء من نفوذ أو على ما يتمتعون به من ثقة مالية ، وإلزام الشريك الذي يقدم حصته مبلغاً من النقود من وقت

استحقاقه بحكم القانون ودون حاجة إلى إنذار وبالتعويض التكميلي عند الانقضاء حتى لو كان حسن النية . ومن ذلك أيضاً ضمان الشريك لحصته إذا كانت مالاؤه مجرد الانتفاع به ، ونصيب الشريك الذي يقدم حصته عملاً من أرباح الشركة ، وتحديد سلطات المديرين وحقوقهم ، وحقوق الشركاء غير المديرين ، وتحديد درجة العناية الواجب على الشريك بذلها في رعاية مصالح الشركة ، وبيان طرق انقضاء الشركة ، وتقييد سلطة المصنفي في بيع موجودات الشركة» (١) .

١٧١ - **ملحة انتهت :** وسنتبع ترتيب التقنين المدني الجديد ، فنبحث عقد الشركة في فصول ثلاثة : الفصل الأول في أركان الشركة ، والفصل الثاني في أحكام الشركة ، فتكلم في إدارتها وفي أثرها بالنسبة إلى الشركاء ، والفصل الثالث في انقضاء الشركة ، فتكلم في أسباب الانقضاء وفي تصفية أموال الشركة :

الفصل الأول

أركان الشركة

١٧٢ - أركان الشركة - الشخصية المعنوية : لعقد الشركة ، كما لسائر العقود ، أركان ثلاثة : التراضي والمحل والسبب . وتمتاز الشركة بأنها تعتبر ، بمجرد تكوينها وتوافر أركانها شخصاً معنوياً . فتكلم في المسائل الآتية : (١) التراضي في عقد الشركة (٢) المحل والسبب في عقد الشركة (٣) الشخصية المعنوية للشركة .

الفرع الأول

التراضي في عقد الشركة

١٧٣ - شروط الانعقاد وشروط الصحة : نتكلم في شروط الانعقاد في التراضي ، ثم في شروط صحة التراضي :

المبحث الأول

شروط الانعقاد

١٧٤ - الموضوع : الشركة لا تنعقد إلا بتراضي الشركاء . ولا جديد يقال في التراضي من حيث الموضوع ، فلا بد من تراضي الشركاء على موضوع الشركة وحصة كل شريك ، وفقاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجب أن تتوافر للشركة كل الأركان العادية للعقد : الرضا والمحل والسبب . وقد أوردت بعض التقنينات . . نصواصة خاصة =

= بهذه الأركان . لكن المشروع لم ير حاجة الإبراد مثل هذه النصوص ، لأنها ليست إلا تكراراً لا فائدة فيه للقواعد العامة ، والشركة كغيرها من العقود تخضع من حيث تنظيم أركانها للمبادئ العامة الواردة في باب الالتزامات « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣) . وقد قضت محكمة قنا بأنه لا سبيل لافتراض وجود شركة بغير اتفاق ، فإذا اشترك اثنان في القيام بأعمال من شأنها الإتيان بفائدة مالية لأموال ثابتة ملك أحدهما ، فإن ذلك لا يترتب عليه اعتبار الآخر شريكاً له في تلك الأموال ، خصوصاً إذا كانا من عائلة واحدة ، لأن المهود في العائلات قيام أحد أفرادها بمباشرة الشؤون الخاصة بالفرد الآخر من باب المجاملة والمعاونة أو في مقابل فائدة خصوصية لا يمكن أن تتناول حق الاشتراك في الأملاك المذكورة (قنا ٩ مارس سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ١١٤) .

وتسرى على الوعد بالشركة القواعد العامة في الوعد بالتعاقد ، وهي القواعد الواردة ، في المادة ١٠١ مدني ، وتجبري كما رأينا على الوجه الآتي : « ١ - الاتفاق الذي يمتد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينمق ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للمقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون تمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » . ويخلص من هذا النص أنه إذا وعد شخص بأن يدخل في شركة ، وجب أن يتضمن الوعد جميع أركان الشركة من الشركاء ورأس المال وحصص كل شريك فيه والأعمال التي تقوم بها الشركة وغير ذلك من الشروط . ويجب أن يكون الوعد في ورقة مكتوبة ، لأن الكتابة ضرورية لانعقاد الشركة فتكون ضرورية أيضاً لانعقاد الوعد بالشركة . ويلتزم الواعد بوعده ، فإذا تقاضاه الشركاء تنفيذ الوعد وجب التنفيذ بأن يدخل شريكاً في عقد الشركة . ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه لما كانت الشركة من العقود التي تراعى فيها شخصية المتعاقدين ، فلا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ التزامه عيناً ، لأن طبيعة الالتزام لا تسمح بالتنفيذ العيني ، ويقضى على الواعد بالتعويض لإخلاله بالتزامه (جوار فقره ٣٣ - فورنييه في الشركات المدنية فقره ١٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقره ٤٠٢ ص ٤٦٣) . ولكن يعارض هذا الرأي أن الواعد كان يعلم عند الوعد بشركائه وقد وعد أن يدخل شريكاً معهم ، فلا يجوز له عند ما يطالب بتنفيذ وعده أن يحتج بعدم ارتضائه لشخصية هؤلاء الشركاء . لذلك نرى أنه يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده عيناً ، ويقوم الحكم عليه بذلك مقام عقد الشركة تطبيقاً للمادة ١٠٢ مدني (انظر في هذا المعنى بودري وقال ٢٣ فقره ٢٣) . وغنى عن البيان أن إلزام الواعد بتنفيذ وعده عيناً على النحو السالف الذكر لا يمنعه ، وقد أصبح شريكاً ، من أن يستعمل حقوق الشريك ، فيجوز له بوجه خاص أن ينسحب من الشركة إذا كانت مدتها غير معينة ، على أن يعلن إرادته في الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله وألا يكون الانسحاب من غش أو في وقت غير لائق (م ١/٥٢٩ مدني) .

١٧٥ - الشكل - نص قانوني : أما من حيث الشكل ، فقد

أصبح عقد الشركة في التقنين المدني الجديد عقداً شكلياً ، إذ يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً . وتنص المادة ٥٠٧ من التقنين المدني الجديد في هذا الصدد على ما يأتي :

« ١ - يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً ، وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد » .

« ٢ - غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير ، ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، فكان عقد الشركة في هذا التقنين عقداً رضائياً ينعقد بتطابق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى ورقة مكتوبة (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٩١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، غير أن صدر الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى كان على الوجه الآتى : « يجب أن يدون عقد الشركة في ورقة رسمية أوفى ورقة عرفية ، وإلا كان العقد باطلاً » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٥٣٥ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بعبارة « فى ورقة رسمية أوفى ورقة عرفية » عبارة « يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٥٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٨ وص ٣١٠ - ص ٣١١) .

(٢) ومن ثم فإن الشركات المدنية التى أبرمت عقودها قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ دون ورقة مكتوبة تكون صحيحة ، إذ تسرى عليها أحكام التقنين المدني السابق ، وتخضع فى إثباتها للقواعد المقررة فى الإثبات (نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٧ ص ٥٦٧) .

السورى م ٤٧٥ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٤٩٧ - ٤٩٨ - وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٢٨ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٨^(١) .

١٧٦ - لو تم عقد الشركة إلا بورقة مكتوبة : ويتبين من النص السالف الذكر أن الشركة لا تنعقد ، كما قدمنا ، إلا بورقة مكتوبة . وقد تكون هذه الورقة ورقة رسمية أو ورقة عرفية ، وقد كان المشروع التمهيدى يورد هذا التفصيل^(٢) ، فاكتفى فى النص النهائى بذكر الورقة المكتوبة ، فإنه إذا جاز أن تنعقد الشركة بورقة عرفية فأولى أن تنعقد بورقة رسمية . غير أنه يلاحظ أن الشركاء إذا اختاروا أن يعقدوا الشركة بورقة رسمية ، وجب عليهم أن يلتزموا هذا الشكل فى كل ما يدخلونه بعد ذلك على عقد

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٧٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٩٧ : لا يخضع عقد الشركة المدنية لشركات أو إجراءات معينة باستثناء ما تتطلبه طبيعة ما يقدمه الشركاء من أموال حصصاً فى الشركة .

م ٤٩٨ : لا يجوز إدخال تغيير على عقد الشركة إلا بموافقة جميع الأعضاء ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . (ويختلف التقنين الليبى عن التقنين المصرى فى أنه لا يتطلب ورقة مكتوبة لانقضاء الشركة ، فالشركة المدنية فيه عقد رضائى) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٢٨ (مطابق - وانظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٨٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٨ : تم الشركة بموافقة المتعاقدين . على تأسيسها وعلى سائر بنود العقد ، فيما خلا الحالة التى يوجب فيها القانون صيغة خاصة . غير أنه إذا كان موضوع الشركة أملاكاً ثابتة أو غيرها من الأملاك القابلة للرهن العقارى ، وكانت لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، وجب أن يوضع عقدها خطأ وأن يسجل بالصيغة القانونية . ويجب علاوة على ذلك إتمام المعاملات المنصوص عليها فى القرار رقم ١٨٨ الصادر من المفوض السامى فى ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ .

(والتقنين اللبنانى لا يوجب شكلاً معيناً فى شركة المنقولات نهى عقد رضائى . أما شركة العقارات فقد اشترط فيها أن تكون بورقة مكتوبة مسجلة مع مراعاة الإجراءات اللازمة لنقل ملكية العقارات إلى الشركة) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٤٨ فى الهامش .

الشركة من تعديلات ، فيلنونا هذه التعديلات في ورقة رسمية أسوة بالعقد الأصلي . أما إذا اقتصروا في عقد الشركة على ورقة عرفية ، فإن ما يدخلونه من تعديلات بعد ذلك يكفى فيها ورقة عرفية كالعقد الأصلي وفي هذا المعنى تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٥٠٧ مدني : « وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد » .

١٧٧ - جزء الإجماع بالشكل الواجب : فإذا لم يكن عقد الشركة الأصلي في ورقة مكتوبة ، أو لم تكن التعديلات التي يدخلها الشركاء بعد ذلك في الشكل ذاته الذي أفرغ فيه العقد الأصلي ، كانت الشركة أو التعديلات التالية باطلة . ولما كان البطلان هنا جزاء على الإخلال بالشكل ، وقد قدمنا أن القانون هو الذي يعين الجزاء على الإخلال بالشكل إذ الشكل من صناعه ، فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الإجازة وقد يسمح بإجازته^(١) ، فإن المشرع هنا أورد تفصيلات هامة فيمن يجوز له التمسك ببطلان الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب .

ففيما بين الشركاء يبقى عقد الشركة غير المكتوب قائماً منتجاً لجميع آثاره ، ومنها إلزام الشركاء بتقديم حصصهم في الشركة واقتسام الربح والحسارة على الوجه المبين في العقد غير المكتوب ، وذلك إلى الوقت الذي يرفع فيه أحد الشركاء الدعوى ببطلان الشركة . فمن وقت المطالبة القضائية بالبطلان يصبح عقد الشركة باطلا ، والحكم بالبطلان يستند إلى وقت رفع الدعوى . فيمر عقد الشركة غير المكتوب إذن على مرحلتين يفصل بينهما رفع دعوى البطلان ، مرحلة الصحة قبل رفع الدعوى ومرحلة البطلان

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٧٩ .

بعد رفعها . على أنه في المرحلة الأولى إذا اقتضى الأمر أن يثبت أحد الشركاء عقد الشركة في مواجهة شركائه ، وجب اتباع القواعد المدنية في الإثبات . فإذا زاد رأس مال الشركة على عشرة جنيهات ، وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالإقرار أو باليمين . وإذا لم يزد رأس مال الشركة على عشرة جنيهات . جاز الإثبات بجميع الطرق وتدخل في ذلك البيئة والقرائن .

أما في حق الغير ، فللغير أن يحتج على الشركاء ببطان الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب^(١) . فإذا طالبت الشركة أحد من تعامل معها ، جاز لهذا الغير أن يدفع المطالبة بأن الشركة باطلة وأن التعاقد معها باطل ، ولا يرجع الشركاء على الغير في هذه الحالة إلا بما تقضى به القواعد العامة في العقد الباطل . ولكن يجوز للغير أن يغفل بطلان الشركة وأن يتمسك بوجودها ، وفي هذه الحالة تعتبر الشركة صحيحة قائمة منتجة لآثارها . فإذا كان الغير قد تعاقد مع الشركة وأراد أن يطالبها بالتزاماتها ، فلا يجوز للشركة أن تحتج عليه بطلانها لعدم استيفائها الشكل المطلوب^(٢) وبأن التعاقد معه كان باطلا لهذا السبب ، بل تلزم الشركة بالوفاء بالتزاماتها نحو الغير على اعتبار أنها شركة صحيحة قائمة . وللغير أن يثبت وجود الشركة بجميع طرق الإثبات ، وفيها البيئة والقرائن ، حتى لو زاد رأس مالها على عشرة جنيهات لأنه من الغير^(٣) . ويتبين من ذلك أن بطلان الشركة

(١) وكذلك للغير أن يحتج بآلا تكون للشركة شخصية معنوية لعدم استيفائها إجراءات النشر التي يقرها القانون ، على ما سياتي . ومصلحة الضرائب تعتبر من الغير ، فلها الحق في التمسك بطلان الشركة (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسية ١٧ رقم ١٢٢ / ٢) .

(٢) أو لعدم استيفائها إجراءات النشر التي يقرها القانون على ما سياتي .

(٣) إلا أن العقد الذي أبرمه الغير مع الشركة تراعى فيه القواعد العامة للإثبات . هذا وإذا كانت الشركة الباطلة لعدم استيفاء الشكل شركة تجارية ، جاز للغير طلب الحكم =

لهدم استيفائها الشكل المطلوب يجوز أن يحتج به الغير قبل الشركة ،
ولكن لا يجوز للشركة أن تحتج به قبل الغير^(١) .

وقد نظم المشرع المصرى تنظيماً تشريعياً ما يسميه الفقه الفرنسى
بالشركات الواقعية (sociétés de fait) ، وهى شركات تكون باطلة^(٢)
أو تكون قد انقضت وتبقى مع ذلك مباشرة لنشاطها ، أو شركات تقوم
بالفعل دون عقد ما بين الشركاء فتكسب المظهر الخارجى للشركة . فهذه
كلها شركات لا وجود لها قانوناً ، ولكنها شركات واقعية ، ومن ثم تجب
حماية حقوق الغير الذى يتعامل معها . فيجوز للغير ، بحسب مصلحته ،
إما أن يتمسك ببطلان الشركة وإما أن يتمسك بقيامها على الوجه الذى
أسلفناه فيما تقدم^(٣) .

المبحث الثانى

شروط الصحة

١٧٨ - **الأهلية** : يجب لصحة الشركة أن يكون الشريك أهلاً
لإبرام عقد الشركة ، وأهلية الشركة هى أهلية الالتزام^(٤) ، فلا تكفى

= بشهر إفلاسها (نقض مدنى ١٨ دسبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٤
ص ٢١٢) .

(١) انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية
٤ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠ .

(٢) ويستوى أن يرجع سبب البطلان إلى الشكل أو إلى الموضوع .

(٣) انظر هيمار فى بطلان الشركة والشركات الواقعية الطبقة الثانية سنة ١٩٢٦ -

أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٧ ص ٢٢ - ص ٢٣ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١
فقرة ١٠٧٢ - نورنييه فى الشركات المدنية فقرة ٥٩ - فقرة ٦٠

(٤) وكذلك أهلية التصرف إذا كانت حصة الشريك تقتضى نقل ملكية أو حق عيى .

أهلية الإدارة ، لأن الشريك يلتزم بعقد الشركة ويلتزم بديونها في ماله الخاص .

فالصبي غير المميز ، وعديم التمييز بوجه عام كالمجنون والمعتوه ، ليسوا أهلاً لأن يكونوا شركاء ، ويكون عقد الشركة في هذه الحالة باطلاً . ولكن يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يشارك بمال المحجور ، ويكون ذلك من قبيل استثمار هذا المال ، ولكن يجب الحصول على إذن المحكمة وفقاً للقواعد المقررة في قانون الولاية على المال (م ٣٩ من هذا القانون) .

والصبي المميز والمحجور عليه لعته أو سفه لا يجوز لهما أن يكونا شركاء ، ولكن يجوز للولي أو الوصي أو القيم استغلال مال المحجور في شركة على الوجه الذي قدمناه . ويستوى أن يكون الصبي المميز مأذوناً له في إدارة أمواله أو غير مأذون ، فهو في الحالتين لا يكون أهلاً لعقد الشركة ، لأنه يحصر بالإذن على أهلية الإدارة دون أهلية الالتزام ، وقد قدمنا أن الشريك يجب أن تتوافر فيه أهلية الالتزام . وإذا دخل ناقص عقد الشركة ، كان هذا العقد قابلاً للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية ، الأهلية في وترد عليه الإجازة وفقاً للقواعد المقررة في قابلية العقد للإبطال (١) .

فيجب إذن لتوافر أهلية الشركة أن يكون الشريك قد بلغ سن الرشد ، فيصبح أهلاً للالتزام في ماله . ومتى بلغ الشخص سن الرشد كان أهلاً لعقد الشركة ، حتى لو كان الشريك الآخر زوجاً له ، فيجوز في القانون المصري الشركة ما بين الزوجين ، خلافاً للقانون الفرنسي حيث يحرم القضاء هذه الشركة (٢) .

(١) وسرى فيما يلي (فقرة ٢٣١) أنه يجوز أن تبقى الشركة بعد موت أحد الشركاء ، وتستمر مع ورثة الشريك الميت ولو كانوا قصرأ (م ٢٨٨/٢ مدني) .

(٢) انظر في بطلان الشركة بين الزوجين في القضاء الفرنسي ومعارضة الفقه الفرنسي =

ويجوز للبالغ الرشيد التوكيل في إبرام عقد الشركة ، ولكن يجب أن يكون عقد الوكالة مكتوباً كعقد الشركة ذاته ، إذ يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني الذي يكون محل الوكالة (م ٧٠٠ مدني) . ولا بد أن تكون الوكالة خاصة ، ولا تكفي الوكالة العامة إذ الشركة ليست من أعمال الإدارة (م ٧٠٢ مدني) .

١٧٩ - عيوب الرضاء : ورضاء الشريك يكون معيباً إذا شابته غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، وتجرى على عيوب الرضاء في عقد الشركة القواعد العامة المقررة في عيوب الرضاء في نظرية العقد . فيكون عقد الشركة قابلاً للإبطال لمصلحة الشريك الذي شاب رضاه عيب ، وله أن يحيز العقد وفقاً للقواعد المقررة في إجازة العقود القابلة للإبطال .

والغلط في شخصية الشركاء يعتبر غلطاً جوهرياً يجعل عقد الشركة قابلاً للإبطال ، ذلك أن الشركة عقد تدخل فيه الاعتبار الشخصية بالنسبة إلى الشركاء . ولا يؤثر الغلط الذي يقع في تقدير قيمة الحصص أو في احتمالات نجاح الشركة في أعمالها ، فإن مثل هذا الغلط لا يكون في العادة غلطاً جوهرياً^(١) .

= للقضاء في ذلك : أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٧ ص ١٧ - ص ١٩ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٣ - فقرة ١٠٠٤ - فورنييه في الشركات المدنية فقرة ٢٩ . وقد نصت المادة ٨٤٦ من تقنين الموجبات والعقود للبناني على ما يأتي : « لا يجوز أن تعقد الشركة : أولاً - بين الأب والابن الذي لا يزال خاضعاً للسلطة الأبوية . ثانياً - بين الوصي والقاصر إلى أن يبلغ القاصر سن الرشد ويقدم الوصي حساب الوصاية وتم الموافقة النهائية عليه . ثالثاً - بين ولي فاقد الأهلية أو متولى إدارة إحدى المنشآت الدينية وبين الأشخاص الذين يديرون أموالهم . إن ترخيص الأب أو الولي للقاصر أو لفاقد الأهلية في تعاطي التجارة لا يكفي لجعلهما أهلاً للتعاقد معهما على إنشاء شركة » .

(١) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٠ ص ٢٦٧ - استئناف مخطوط أول

مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٤ .

ويشوب رضا الشريك التدليس ، إذا جر للدخول في الشركة بطرق احتيالية اولاهما لما كان يرضى بالدخول . مثل ذلك أن تقدم له ميزانية للشركة غير صحيحة ، أو أن تحاط الشركة بمظاهر كاذبة من النجاح في أعمالها ، أو أن يكتم عن الشريك عمداً ديون الشركة أو التزاماتها الهامة ، أو أن يوهم أحد الشركاء الآخرين في التوفر على أسباب من شأنها لإنجاح أعمال الشركة ولا يكون هذا الشريك متوفراً على هذه الأسباب (١) .

الفرع الثاني

المحل والسبب في عقد الشركة

١٨٠ - **تطبيق الفوائد العامة :** يجب أن يكون لعقد الشركة محل وسبب ، شأن الشركة في ذلك شأن أى عقد آخر . ويجب أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً ، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ، وأن يكون قابلاً للتعامل فيه وبخاصة أن يكون مشروعاً ، كما يجب أن يكون السبب مشروعاً . وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة .

أما محل الشركة فهو رأس مالها مقسماً إلى حصص لكل شريك حصة ؛ كذلك يكون محلاً للشركة الأعمال التي تقوم بها لاستغلال رأس المال . فيجب أن تتوافر شروط المحل التي قدمناها في كل ذلك ، فإذا تخلف شرط منها كانت الشركة باطلة (٢) .

(١) بلانويول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٠ - فورنييه في الشركات المدنية

فقرة ١٦ .

(٢) وتنص المادة ٨٤٧ من تقنين الموجبات والمقود البناني على أنه « يجب أن يكون لكل شركة غرض مباح . فكل شركة يكون غرضها مخالفاً للأداب أو النظام العام أو للقانون باطلة حتماً . وباطلة أيضاً كل شركة يكون موضوعها أشياء لا تعد مالا بين الناس » . وانظر أيضاً المواد ٨٥٢ - ٨٥٥ من هذا التقنين .

ويترتب على ذلك أن الشركة تكون باطلة إذا كانت حصص الشركاء مالا لا يجوز التعامل فيه^(١) . وتكون باطلة أيضاً إذا كانت الأعمال التي تباشرها الشركة طبقاً لعقد تأسيسها أعمالاً غير مشروعة ، كتهريب الممنوعات ، أو الاتجار في الحشيش أو المخدرات ، أو إدارة محل للعاهرة ، أو إدارته للمقامرة ، أو بيع سلع غير مرخص في تداولها ، أو تزيف الأوراق والمستندات لتخفيض الضرائب المستحقة ، أو التعامل بالربا الفاحش ، أو الاتجار بالرفيق ، أو نشر كتب أو صور مخلة بالحياء ، أو توزيع أوراق نصيب دون رخصة ، أو الحصول على أوسمة أو وظائف من الدولة مقابل مبالغ تدفع للشركة^(٢) .

وكذلك يكون سبب عقد الشركة غير مشروع ، فتكون الشركة باطلة ، إذا كان الباعث على العقد غير مشروع . مثل ذلك أن تكون أعمال الشركة منحصرة في سلعة معينة بغرض الحصول على أكبر الكميات منها لاحتكار السلعة وإعلاء سعرها استغلالاً لهذا الاحتكار ، أو أن يكون الغرض من الأعمال التي تقوم بها الشركة المضاربة غير المشروعة .

وبطلان الشركة في الأحوال المتقدمة هو بطلان مطلق ، يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به ، ويحكم به القاضي من تلقاء نفسه ، ولا تلحقه الإجازة ، ولا يسرى في حقه التقادم ، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة المقررة في البطلان المطلق .

فإذا كانت الشركة الباطلة لم تبدأ مباشرة أعمالها ، جاز لكل شريك

(١) ويلاحظ أن يجوز أن تكون حصة الشريك مالا مقبلاً ، إذ التعامل في المال المستقبل جائز فيما عدا التركات المستقبلية (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٨) . ولكن لا يجوز أن تكون حصة الشريك ما يتمتع به من نفوذ أو ثقة مالية ، لأن هذا ليس بمال أصلاً : انظر م ٥٠٩ مدني وانظر ما يلي فقرة ١٨٥ .

(٢) بودري وقال ٢٣ فقرة ٦٦ - فقرة ٨٠ .

أن يتمسك ببطلانها ، وأن يسترد حصته في رأس المال التي يكون قد دفعها للشركة ، ولا يستطيع أحد من الشركاء أن يلزم الباقي بالاستمرار في الشركة .

أما إذا كانت الشركة الباطلة قد باشرت أعمالها ، فجنت ربحاً أو تكبدت خسارة ، فلإنها تبقى باطلة بالرغم من ذلك . ويكون لكل شريك أن يسترد حصته من رأس المال على الوجه الذي بيناه فيما تقدم . أما فيما يتعلق بتقسيم الربح والخسارة على الشركاء ، فالفقه في فرنسا منقسم وكذلك القضاء . فتذهب أقلية من الفقهاء وأقلية من قضاة المحاكم إلى أن الشريك يقتصر على استرداد حصته من رأس المال دون أن يساهم لا في الربح ولا في الخسارة ، والشريك أو الشركاء الذين تركز في يدهم الربح أو تحملوا الخسارة يخلص لهم الربح أو يتحملون الخسارة وحدهم دون أن يشاركهم في ذلك غيرهم من الشركاء^(١) . ولكن الرأي الذي تغلب في الفقه والقضاء في فرنسا هو أن جميع الشركاء يساهمون في الربح وفي الخسارة ، حتى لا يثرى أحد من الشركاء دون حق على حساب الآخرين . والقاضي يوزع بينهم الربح والخسارة بحسب ما يراه عادلاً ، فقد يكون التوزيع بنسبة حصة كل منهم في رأس المال ، وقد يكون بالنسبة المتفق عليها في عقد تأسيس الشركة الباطلة وعند ذلك لا يكون القاضي قد طبق هذه النسبة باعتبارها من اتفاق الشركاء بل باعتبار أن هذه النسبة هي التي يراها عادلة^(٢) . أما العقود التي أبرمتها الشركة الباطلة مع الغير ، إذا كانت

(١) ترويلنج فقرة ١٠٥ - نقض فرنسي ٨ نوفمبر سنة ١٨٨٠ دالوز ١٨٨١ - ١ -

. ١١٥

(٢) بودرى وقال ٢٣ فقرة ٩٢ وما بعدها - بلانيول وريبير وليبارنيه ١١ فقرة ١٠٠٦ - هيمار فقرة ٦٩ وما بعدها - اسكارا في القانون التجاري فقرة ٥٧٥ - فورنيه في الشركات المدنية فقرة ٣٤ - وتميل محكمة النقض الفرنسية إلى توزيع الربح والخسارة بين الشركاء بالنسبة المتفق عليها في عقد تأسيس الشركة (نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٨٦٢ دالوز =

صحيحة ، فإنها تلزم جميع الشركاء ، ولكن لا يتقدم الدائنون في هذه العقود على الدائنين الشخصيين للشركاء^(١) .

وقد كان القضاء في مصر في عهد التقنين المدني السابق يسير على الرأي الغالب في الفقه والقضاء في فرنسا^(٢) . وفي عهد التقنين المدني الجديد يمكن القول بأن هذا الرأي قد ازداد قوة ، فإن هذا التقنين ، في المادة ٢/٥٠٧ كما رأينا ، نص صراحة فيما إذا كان البطلان راجعاً إلى الإخلال بالشكل على ما يأتي : « غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير ، ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان » . وإذا كان البطلان للشكل لا يقاس عليه البطلان لعدم المشروعية لأن القانون هو الذي فرض الشكل وعين الجزاء على الإخلال به ، إلا أنه يصح القول بأن نظرية الشركة الواقعية (société de fait) هي الأساس في كل شركة باطلة ، سواء كان البطلان راجعاً لخلل في الشكل أو خلل في الموضوع^(٣) . ففي جميع الأحوال تنقلب الشركة الباطلة إلى شركة واقعية ، يستلهم القاضى في تصنيفها الشروط

= ٦٢ - ١ - ٣٣٨ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٩ سريه ٧٠ - ١ - ٥٥ - ١٥ نوفمبر سنة ١٨٧٦
دالوز ٧٧ - ١ - ٧٠) .

(١) فورنييه في الشركات المدنية فقرة ٣٤ - ويشترط أن يكون التعامل مع الشركة الباطلة يمتد وقت تعامله معها أنها شركة صحيحة ، أما إذا كان يعلم أو ينبغي أن يعلم بعدم مشروعيتها فإنه لا يرجع إلا على الشريك الذي تعامل معه فقط (هوپان دى بوسفييه (Houpin de Bosvieux) فقرة ٦٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٤١٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٠ (العقود التي كانت في دور التنفيذ وقت إبطال الشركة تبقى معتبرة بالنسبة إلى الغير) - ١٧ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٢ (تصفية العلاقات المتولدة بسبب وجود شركة مدنية تقرر بطلانها والالتزامات الناشئة عن هذه العلاقات تبقى خاضعة لشروط الشركة) .

(٣) ولو كان الخلل في الموضوع يرجع لا إلى بطلان الشركة ، بل إلى قابليتها للإبطال إذا كانت قد أبطلت فعلا .

المدونة في عقد تأسيس الشركة ، لا على أنها اتفاق بين الشركاء ، بل على أنها تملئ حلولاً عادلة لتصفية الشركة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(١) .

ونقتصر الآن بعد ما قدمناه على الكلام ، في مناسبة محل الشركة ، في الحصص التي يتقدم بها الشركاء لتكوين رأس مال الشركة ، وكيف يتعين نصيب كل شريك في الربح أو في الخسارة .

المبحث الأول

حصة الشريك في رأس مال الشركة

١٨١ - جواز اختلاف حصص الشركاء في طبيعتها وتفاوتها في

قيمتها - نص قانوني : قدمنا أن كل شريك يجب أن يساهم بحصة في رأس مال الشركة^(١) ، وأن هذه الحصة قد تكون نقوداً أو أوراقاً مالية أو منقولات أو عقارات أو حق انتفاع أو ديناً في ذمة الغير أو اسماً تجارياً أو شهادة اختراع أو عملاً أو غير ذلك مما يصلح أن يكون محلاً للالتزام^(٢) .

وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة ، وقد كان التقنين المدني السابق ينص عليه صراحة في المادة ٤٢٠ / ٥١٢ فيقول : « يجوز أن تكون الحصة في رأس المال نقوداً أو أوراقاً ذات قيمة أو منقولات أو عقارات

(١) انظر آنفاً فقرة ١٧٧ .

(٢) ومجموع هذه الحصص هو رأس مال الشركة (le capital social) . ويجب تمييز رأس المال هذا عن مال الشركة أو موجوداتها (l'actif social) ، فمعد تأسيس الشركة يكون مالها مساوياً لرأس مالها ، وبعد مدة تعمل فيها الشركة قد يزيد المال على رأس المال أو ينقص بحسب نجاح الشركة في أعمالها (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٣٠٧٢) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٥٨ - ومن ثم يصح أن تكون حصة كل شريك عملاً ، وهذه هي الشركة المعروفة في الفقه الإسلامي بشركة تقبل الأعمال (قارن أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ société civile فقرة ٦٨) .

أو حق انتفاع بشيء مما ذكر ، ويجوز أن تكون عبارة عن عمل لواحد من الشركاء أو أكثر .

وليس من الضروري أن تكون حصص الشركاء متجانسة في طبيعتها أو متساوية في قيمتها ، بل يصح أن يقدم أحد الشركاء مبلغاً من النقود ويقدم الآخر أوراقاً مالية ويقدم الثالث عقاراً ويقدم الرابع عملاً وهكذا ، وتكون قيمة كل حصة لا تعادل قيم الحصص الأخرى .

وتقدر حصة كل شريك بما تساويه قيمتها . وتعين قيمة حصة كل شريك أمر هام في عقد الشركة ، إذ كثيراً ما يتوقف على هذه القيمة معرفة نصيب الشريك في الربح وفي الخسارة ، ثم معرفة ما يصيب الشريك من رأس مال الشركة عند تصفيتها . ومن ثم وضع المشرع قرينة قانونية في حالة ما إذا لم ينص عقد الشركة على تقدير حصص الشركاء ولا على طبيعة الحصة ، فافترض أن الحصص جميعاً متساوية القيمة وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به . فنصت المادة ٥٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي : « تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة ، وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » (١) . ونقتصر هنا على إيراد ما جاء بالمذكرة الإيضاحية

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٦٩٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز أن تكون الحصص التى يتقدمها الشركاء متفاوتة القيمة أو مختلفة في طبيعتها ، كما يجوز أن تكون الحصة ملكية مال أو مجرد الانتفاع بهذا المال . وتعتبر الحصص عند الشك متساوية القيمة ، وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به . » وفى لجنة المراجعة حذف الشق الأول من النص لأنه مستفاد من تعريف الشركة والقواعد العامة ، وجعل باقى النص مادة مستقلة تجرى على الوجه الآتى : « تعتبر حصص الشركاء عند الشك متساوية القيمة وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به » ، وأصبح رقمها ٥٣٦ فى المشروع النهائى . وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٢١٣ وص ٣١٤ - ص ٣١٥) .

للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ، فهو « يقرر حكيم :
(أ) افتراض المساواة فى قيمة الحصص ، لأن توزيع الأرباح والخسائر
يكون ، كما سنرى ، بنسبة الحصص ، وذلك يتطلب معرفة قيمتها .
ولا يقوم أى إشكال إذا كانت الحصة عبارة عن مبالغ أو أموال يسهل
تقدير قيمتها . لكن يصعب الأمر إذا كانت الحصة عبارة عن عمل أو كانت
مالاً لا يمكن تقدير قيمته إلا بعد مضي مدة ما . وما دام العقد لم يذكر
شيئاً ، وما دام هناك شك ، فيجب أن نفترض تساوى الحصص فى
القيمة^(١) . على أن هذه القرينة تقبل الإثبات العكسى طبقاً لنوعاى العامة ،
(ب) افتراض أن الحصة واردة على المال لا على مجرد الانتفاع به : إذا

= ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق ٤٢١م/٥١٤ وكانت تجرى على الوجه الآتى : «تعتبر
حصص الشركاء فى رأس المال ملكاً للشركة لا مجرد الانتفاع بها ، ما لم يوجد نص صريح
فى العقد فى شأن ذلك» .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٤٧٦
(مطابق) - فى التقنين المدنى الليبى م ٤٩٩ ، (مطابق) - وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٢٩ :
١ - يجوز أن تكون الحصص التى يقدمها الشركاء متفاوتة القيمة أو مختلفة فى طبيعتها ، وأن تكون
ملكية أموال أو مجرد انتفاع بهذه الأموال . ٢ - وتعتبر الحصص عند الشك متساوية فى القيمة
وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به . (وأحكام تقنين العراقى تتفق مع
أحكام التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الفنون فقرة ٩٦ وما بعدها) - وفى تقنين الموجبات
والمقود اللبناني م ٨٤٩ : يجوز أن يكون حصص الشركاء فى رأس المال نقوداً أو أموالاً منقولة
أو ثابتة أو حقوقاً معنوية ، كما يجوز أن تكون صناعة أحد الشركاء أو صناعاتهم جميعاً - م ٨٥١ :
يجوز أن تختلف الأشياء التى يقدمها الشركاء قيمة ونوعاً . وإذا وقع الشك حسبوا متساوين
فيما قدموه - م ٨٥٦ : كل شريك مدينون لساير الشركاء بجميع ما وعد بتقديمه للشركة .
وعند قيام الشك يعد الشركاء ملزمين بتقديم حصص متساوية . (وأحكام التقنين اللبناني
تتفق مع أحكام التقنين المصرى) ، فيما عدا أن التقنين اللبناني يحمل الشريك مديناً بحصته
لساير الشركاء ، لا مديناً للشركة ، إذ يبدو أنه لا يحمل للشركة شخصية معنوية) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان لا يوجد بين الشريكين اتفاق على حصة
كل منهما فى الشركة ، فإن كلا منهما يكون بحق النصف فيها (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤
مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٥ ص ٢٢٨) .

لم يذكر في عقد الشركة أن الحصة واردة على ملكية المال أو أنها واردة على مجرد الانتفاع به ، ولم يمكن تبين ذلك من أى ظرف آخر ، فيجب ما دام هناك شك أن نفترض أن الحصة واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به . ولكن هذه القرينة أيضاً يجوز إثبات عكسها . والتقنين الحالي (السابق) يأخذ بهذا الحكم في المادة ٤٢١ / ٥١٣ « (١) .

فإذا ذكر في عقد تأسيس الشركة بيان عن حصة كل شريك وعن قيمة هذه الحصة ، وجب الأخذ بذلك . وقد قدمنا أنه يجوز أن تختلف طبيعة كل حصة عن طبيعة الحصص الأخرى . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يجوز أن تكون الحصة عملاً يقوم به الشريك أو مالا يقدمه . والمقصود بالعمل هو المجهود الشخصى للشريك تنتفع به الشركة . أما المال فهو بمعناه القانونى كل عنصر فى الذمة يقطعته الشريك من ماله الخاص ويدخل فى رأس المال المشترك المملوك للشركة . فهو يشمل إذن الأموال المادية ، منقولة أو عقارية ، ثم الأموال المعنوية كالحقوق الشخصية ومحل التجارة والملكية الأدبية وحقوق المؤلفين وشهادات الاختراع . كذلك يجوز أن تكون الحصة ملكية مال أو مجرد الانتفاع به « (٢) . فيمكن إذن أن تكون حصة الشريك مبلغاً من النقود ، وهذا هو الغالب . كذلك يجوز أن تكون حصة الشريك عيناً معينة بالذات أو حقاً عينياً على هذه العين ، كما يجوز أن تكون حقاً شخصياً فى ذمة الغير ، أو حقاً من حقوق الملكية المعنوية كملكية فنية أو صناعية أو تجارية أو أدبية ، أو التزاماً بعمل . ونستعرض كلا من هذه الأنواع الخمسة .

١٨٢ - الحصة مبلغ من النقود - نص قانونى : تنص المادة ٥١٠

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٢ - ص ٣١٣ .

من التقنين المدني على ما يأتي : « إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ولم يقدم هذا المبلغ لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء » (١) .

ويتبين من هذا النص أنه إذا كانت حصة الشريك مبلغاً من النقود ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٩٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا كانت الحصة التي تعهد بتقديمها أحد الشركاء مبلغاً من النقود ، ولم يقدم هذا الشريك هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه بحكم القانون ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء » . وفي لجنة المراجعة عدل النص بما جملته مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ليزيد الحكم دقة وإيضاحاً ، وأصبح رقم النص ٥٣٨ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٧ - ص ٣١٩) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٢٦/٥١٨ - ٥١٩ وكانت تجرى على الوجه الآتي : « الشريك المتأخر عن أداء حصته في رأس المال ملزم بالتضمينات بمجرد مطالبته بالتأدية مطالبة رسمية . وإذا نشأ من هذا التأخير ضرر للشركة وجب عليه تعويضه بغير مقاصة بالأرباح التي استجلبها للشركة » . والأحكام متفقة مع أحكام التقنين الجديد فيما عدا : (١) تسري الفوائد في التقنين السابق من يوم الإعدار ، وفي التقنين الجديد من وقت استحقاق الحصة دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار . (٢) في التقنين السابق لا مقاصة بين التعويض التكميلي الواجب على الشريك وأرباح الشركة التي تسبب فيها الشريك . ولا يوجد في هذه المسألة حكم مقابل في التقنين الجديد ، فتسري القواعد العامة ، وهذه تقضى باستبعاد المقاصة القانونية لأن التعويض التكميلي غير خال من النزاع (قارن الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ ص ٥١٨) وتسري أحكام التقنين السابق على الشركات المدنية التي أسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٧٨ (مطابق) - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٠١ (مطابق) - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٣٠ (موافق) - وفي تقنين الموجبات والعقد البنائي م ٨٥٧ : على كل شريك أن يسلم ما يجب عليه تقديمه في الموعد المضروب . وإذا لم يكن ثمة موعد معين فعل اثر إبرام العقد . وتراعى في ذلك المهل التي تستلزمها ماهية الشيء أو المسافة . وإذا كان أحد الشركاء متأخراً عن تقديم حصته في رأس المال ، كان لسائر الشركاء أن يطلبوا إخراجه من الشركة أو إجباره على القيام بما التزمه ، مع الاحتفاظ بما تم من حق المطالبة ببدل العطل والضرر في الحالتين . (ولم ينص التقنين اللبناني على سريان الفوائد من وقت استحقاق الحصة إذا كانت مبلغاً من النقود) .

فإن الشريك بمجرد تمام عقد الشركة يصبح ملتزماً نحوها - وسنرى أن الشركة شخص، معنوى - بمقدار هذا المبلغ^(١) . وتسرى القواعد العامة في شأن هذا الالتزام من حيث وجوب الوفاء به ، وكيفية الوفاء ، والزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء . فإذا لم يحدد في عقد الشركة أو في اتفاق آخر ميعاد الوفاء بالالتزام ، وجب على الشريك الوفاء به للشركة فوراً بمجرد تمام العقد ، وإذا تحدد ميعاد للوفاء وجب الوفاء في هذا الميعاد . فإذا لم يوف الشريك بالتزامه في ميعاده ، ولم يقدم المبلغ من النقود الذى التزم بتقديمه حصة له في رأس المال ، أجبر على الوفاء به وفقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن ، ويكون ذلك بطريق الحجز على ماله وبيعه لتقتضى الشركة منه المبلغ المستحق لها . ويكون الشريك فوق ذلك ملتزماً بدفع فوائد تأخير عن هذا المبلغ بالسعر المتفق عليه ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على السعر وجبت الفوائد بالسعر القانوني وهو في الشركة المدنية ٤ ٪ . وقد قررت المادة ٥١٠ مدنى السالفة الذكر في صدد فوائد التأخير هذه استثناءين من القواعد العامة :

أولاً - تسرى فوائد التأخير من اليوم الذى كان يجب فيه على الشريك الوفاء بالمبلغ المستحق في ذمته ، دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار ، وقد كانت القواعد العامة تقضى بأن تسرى الفوائد من وقت مطالبة الشركة للشريك بحصته وبفوائدها مطالبة قضائية^(٢) .

(١) ولا يوجد ما يمنع من أن تكون حصة الشريك ليست هى ملكية المبلغ من النقود ، بل حق الانتفاع بهذا المبلغ . فإذا خسرت الشركة ساهم الشريك في خسائرها في حدود حق الانتفاع بالمبلغ ، ولكنه يسترد المبلغ كاملاً لأن ملكيته لم تنتقل إلى الشركة ، بل يبقى الشريك دائماً به للشركة (بودوى وقال ٢٣ فقرة ٢٧٩ ص ١٧٦ - ص ١٧٧ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٨ ص ٢٨٠ وفقرة ١٠٤٦ ص ٣٢٣ - بيدان ١٢ فقرة ٤٦٢ ص ٤٦٦ هامش رقم ٢ - فورينيه في الشركات المدنية فقرة ٤٣) .

(٢) وقد قلنا أن التتبعين الملغى السابق (م ٤٢٦ / ٥١٨) كان يقضى بأن تسرى الفوائد -

ثانياً - يجوز للشركة ، فوق مطالبة الشريك بفوائد التأخير على النحو المتقدم الذكر ، أن تطالبه أيضاً بتعويض تكميلي إذا أثبتت أن ضرراً لحقها بسبب تأخر الشريك عن الوفاء بالتزامه وأن هذا الضرر يزيد في قيمته على فوائد التأخير . وقد كانت القواعد العامة تقضى بأن الشريك لا يلتزم بدفع تعويض تكميلي إلا إذا ثبت أنه سبب النية في تأخره عن الوفاء (م ٢٣١ مدني) . وهذا الحكم الخاص بالشركة يبرره - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - « أن مجرد الإهمال من جانب الشريك قد يضرب بحسن سير الشركة التي يجب أن تتوافر لها من وقت قيامها كل الأموال اللازمة » (١) .

١٨٣ - الحصة عين معينة بالذات - نص قانونى : تنص الفقرة الأولى من المادة ٥١١ من التقنين المدني على ما يأتى : « إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عينى آخر ، فلأن أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة إذا هلكت أو استحققت أو ظهر فيها عيب أو نقص » (٢) .

= من وقت إعداد الشركة للشريك ، وأن حكمه هذا يسرى على الشركات المدنية التى تأسست قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٨ .

هذا وقد تكون حصة الشريك أشياء مثلية لا نقوداً ، ككافة أردب من القمح أو خمسين قنطاراً من القطن ، فيصبح الشريك ملتزماً نحو الشركة بهذا المقدار . وتسرى فى شأن هذا الالتزام القواعد العامة من ناحية وجوب تعيين الشيء بنوعه ومقداره وجودته ، ومن ناحية انتقال الملكية إلى الشركة بالإقرار الذى يقع عادة عند التسليم ، وبوجه عام تسرى المادة ٢٠٥ مدني وهى النص الجوهري فى هذا الصدد (بودى وقال ٢٣ فقرة ١٦٥ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠١٠ ص ٢٨١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٦٩٤ من المشروع التمهيدى

على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ١/٥٣٩ =

ويتبين من هذا النص أن حصة الشريك قد تكون عيناً معينة بالذات ، عقاراً أو منقولاً ، وفي الفرضين قد تكون الحصة هي حق الملكية على هذه العين ، أو أى حق عيني آخر غير الملكية كحق الانتفاع أو حق الرقبة أو حق الحكر . فيكون الشريك في جميع هذه الأحوال ملتزماً بمجرد عقد الشركة بنقل الملكية أو الحق العيني إلى الشركة^(١) كما يلزم البائع بنقل الحق المبيع إلى المشتري .

= في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٥١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٩ - ص ٣٢١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق ما يأتي : م ٥١٦/٤٢٤ : إذا كانت حصة الشريك في رأس المال حق ملكية في عين معينة أو حق انتفاع فيها ، انتقل الحق في ذلك بمجرد عقد الشركة لجميع الشركاء وكان عليهم تلافه . م ٥١٧/٤٢٥ : الشريك ضامن لحصته في رأس المال كضمان البائع للمبيع . (وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن تبعة هلاك الحصة قبل التسليم كانت على الشركة في التقنين المدني السابق ، وهي في التقنين المدني الجديد على الشريك وفقاً للقواعد العامة . وتسرى أحكام التقنين المدني السابق على الشركات المدنية التي أسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ١/٤٧٩ (مطابق) - وفي التقنين المدني الليبي م ١/٥٠٢ (مطابق) - وفي التقنين المدني العراقي م ١/٦٣١ (موافق) - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني ما يأتي : م ٨٥٩ ؛ إذا كانت الحصة المقدمة عيناً معينة ، كان الشريك الذي قدمها ملتزماً بالضمان المترتب على البائع فيما يختص بالعيوب الخفية وانزعاع الملكية بالاستحقاق .. (وهذا النص موافق حكمه لحكم التقنين المصري) ، م ٨٦١ : إذا هلكت حصة شريك أو تعيبت بسبب قوة قاهرة بعد العقد وقبل إجراء التسليم فعلاً أو حكماً ، تطبق القواعد الآتية : أولاً - إذا كان ما يقدمه الشريك نقوداً أو غيرها من المثلثات أو كان حق الانتفاع بشيء معين ، فإن خطر الهلاك أو التعيب يتحملة الشريك المالك . ثانياً - أما إذا كان شيئاً معيناً أدخلت ملكيته في الشركة ، فجميع الشركاء يتحملون الخطر (وتبعية الهلاك في الشيء المعين بالذات قبل التسليم على الشريك في التقنين المصري) . م ٨٦٢ : لا يلزم أحد الشركاء بتجديد حصته في رأس المال إذا هلك ، فيما خلا الحالة المذكورة في المادة ٩١١ (الحصة حق انتفاع أو عمل) . كما أنه لا يلزم بأن يزيدا أكثر مما حدد في العقد (لا مقابل لهذا النص في التقنين المصري ، ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

(١) وإذا كانت حصة الشريك حق انتفاع في أشياء مثلية ، فإن ملكية الأشياء المثلية =

فإذا كانت الحصة عقاراً ، ملكية أو أى حق عيني آخر على العقار ، لا ينتقل الحق إلى الشركة إلا بالتسجيل ، سواء كان ذلك فيما بين الشريك والشركة أو بالنسبة إلى الغير . وتسرى قواعد التسجيل التى فصلناها عند الكلام فى نقل ملكية العقار المبيع ، إذ الشركة تعتبر فى هذه الحالة عقداً ناقلاً للملكية ، فتدخل ضمن العقود التى يجب تسجيلها .

وإذا كانت الحصة منقولاً معيناً بالذات^(١) ، ملكية أو أى حق عيني آخر على المنقول ، فإن الشريك يصبح بمجرد عقد الشركة هنا أيضاً ملتزماً بنقل هذا الحق إلى الشركة . وينفذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون ، فيصبح الحق مملوكاً للشركة بمجرد عقده تأسيسها ، وذلك قبل التسليم . وليس فى كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة (م ٢٠٤ مدنى) .

وسواء كانت الحصة عقاراً أو منقولاً ، ملكية أو أى حق عيني آخر ، فإن الشريك يلتزم بتسليمها إلى الشركة^(٢) ، وتسرى فى التسليم القواعد المقررة فى تسليم المبيع ، من حيث الحالة التى يكون عليها الحق وقت التسليم وطرق التسليم والعجز فى المقدار^(٣) والزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم وغير ذلك من القواعد التى سبق ذكرها عند الكلام فى البيع . كذلك تكون

= تنتقل إلى الشركة ، ولا يكون للشريك إلا الحق الشخصى فى استرداد مثل هذه الأشياء عند التصفية (استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٣) .

(١) ويدخل فى المنقول المعين بالذات المتجر .

(٢) وتكون ثمار الحصة ملكاً للشركة من وقت تمام عقد الشركة أو من الوقت المتفق عليه ،

شأن الشركة فى ذلك شأن البيع (جيوار ٦ - فقرة ١٨٣ - بون Pont فقرة ٢٦٣ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٠ ص ٣٩ - هوبان وبوشيه ١ فقرة ٩٣ - قارن لوران ٢٦ فقرة ٢٥٠ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٧٧ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠١٠ ص ٢٨٣) .

(٣) انظر فى العجز فى المقدار فى القانون الفرنسى بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٨٦ -

أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٠ ص ٤٠ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠١٢ .

تبعة هلاك الحصة قبل التسليم على الشريك كما في البيع ، فإذا هلكت الحصة قبل تسليمها للشركة تحمل الشريك تبعة الهلاك ، وله بالاتفاق مع سائر الشركاء أن يقدم حصة أخرى في رأس المال فيبقى في الشركة . وإذا لم يتم الاتفاق بين الشركاء على تقديم الشريك حصة أخرى ، أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٥٢٧ مدني في هذا الصدد : « وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئاً معيناً بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه ، أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء » وسنعود إلى ذلك فيما يلي (١) .

وكما يلتزم الشريك بتسليم حصته إلى الشركة وبتحمل تبعة الهلاك ، كذلك يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية ، على النحو الذي يلتزم به البائع بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع (٢) ، وقد تقدم ذكر ذلك تفصيلاً في البيع (٣) .

(١) انظر فقرة ٢٢٩ .

(٢) وإذا استحققت حصة أحد الشركاء أو ظهر فيها عيب خفي ، فليس لسائر الشركاء فسخ الشركة إلا إذا تبين أنهم ما كانوا ليبرموا عقد الشركة بغير هذه الحصة (جيوار ٦ فقرة ١٨٠ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠١٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٤٤٥) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « تنظم هذه المادة كيفية دخول الحصة العينية في رأس مال الشركة ، فإذا كانت الحصة ملكية مال أو حق مهي آخر عليه ، فإن الشريك يتخلى نهائياً عن حقوقه على الشيء الذي يصبح ملكاً للشركة ، كما لو كان الأمر يتعلق ببيع من الشريك إلى الشركة . على أن تنازل الشريك في هذه الحالة ليس بمثابة بيع تاماً ، وإنما هو يشبه البيع من حيث كيفية انتقال الملكية ، ووسائل العلانية ، فتطبق أحكام انتقال الملكية في البيع منقولاً أو عقاراً ، ويلتزم استيفاء إجراءات الشهر المقررة للحقوق العينية المقارية ، وبعض الحقوق المنقولة كإعلان المدين المحال في حوالة الحقوق الشخصية ، وكذلك اتباع الإجراءات المقررة في التنازل عن شهادة الاختراع والمحل التجارى ، كما تنطبق أيضاً فيما يتعلق بتبعة الهلاك الأحكام التي ذكرناها في البيع . وأخيراً يضمن الشريك حصته في رأس المال كضمان البائع للمبيع ، فتطبق أحكام ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية والمجز في المقادير (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٠) .

١٨٤ - الحصة من شخصي في ذمة الغير - نص قانوني : تنص

المادة ٥١٣ من التقنين المدني على ما يأتي : « إذا كانت الحصة التي قدمها الشريك هي ديون في ذمة الغير ، فلا ينقضي التزامه للشركة إلا إذا استوفيت هذه الديون ، ويكون الشريك فوق ذلك مسئولاً عن تعويض الضرر إذا لم توف الديون عند حلول أجلها » (١) .

ويتبين من هذا النص أن حصة الشريك قد تكون حقاً شخصياً له في ذمة الغير . ولما كان الشريك في هذه الحالة ينقل الحق الذي له إلى الشركة عن طريق حوالة الحق ، فإن القواعد والإجراءات المقررة في حوالة الحق تسرى هنا (٢) . ويسرى بوجه خاص وجوب الحصول على

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٩٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٤١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٥ - ص ٣٢٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ومن ثم كانت القواعد العامة التي تطبق ، فلا يضمن الشريك يسار المحال عليه إلا بشرط خاص . وتسرى أحكام التقنين السابق على الشركات المدنية التي أسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٨١ (مطابق) - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٠٤ (مطابق) - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٣٣ (موافق) - وفي تقنين الموجبات والمقود اللبناني م ٨٥٨ : « إذا كانت حصة أحد الشركاء في رأس المال ديناً في ذمة شخص آخر ، فلا تبرأ ذمة هذا الشريك إلا في اليوم الذي تقبض فيه الشركة المبلغ الذي قدم في ذلك الدين بدلاً منه ، ويكون الشريك ضامناً للعطل والضرر إذا لم يدفع المبلغ في موعد الاستحقاق (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

(٢) وقد يكون الحق الشخصي سنداً اسماً أو سنداً تحت الإذن أو سنداً لحامله ، فتتبع الإجراءات المقررة في هذا الصدد في نقل السند إلى الشركة . كذلك قد يكون الحق الشخصي حق إيجار ، فيتنازل الشريك للشركة عن هذا الحق وفقاً للقواعد المقررة في تنازل المستأجر عن حقه في الإيجار . وقد يكون الحق الشخصي وعداً بالبيع أو وعداً بفتح اعتماد في أحد المصارف ، -

رضاء مدين الشريك بالحوالة أو إعلانه بها حتى تكون الحوالة نافذة في حق هذا المدين ، كما يجب أن يكون قبول المدين بالحوالة ثابت التاريخ لنفاذ الحوالة في حق الغير (م ٣٠٥ مدني) . وللشركة قبل إعلان الحوالة للمدين أو قبولها منه أن تتخذ من الإجراءات ما تحافظ به على الحق الذي انتقل إليها (م ٣٠٦ مدني) ، وتشمل حوالة حق الشريك ضمانات هذا الحق كالكنالة والامتياز والرهن ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط (م ٣٠٧ مدني) . ويكون الشريك مسئولاً عن أفعاله الشخصية ولو اشترط عدم الضمان (م ٣١١ مدني) .

غير أن نص المادة ٥١٣ مدني السالف الذكر يورد استثناء من القواعد العامة المقررة في حوالة الحق ، في صدد ضمان الشريك للحق الذي قدمه حصة في رأس المال . ذلك أنه طبقاً لهذه القواعد العامة : إذا كانت الحوالة بعوض لم يضمن الخيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، فلا يضمن يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان . وإذا ضمن يسار المدين لم ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك . وإذا رجع المحال له بالضمان على الخيل ، لم يلزم الخيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك^(١) . أما في حالة ضمان الشريك للحق الذي قدمه حصة في رأس مال الشركة ، فإن الضمان أشد بكثير من الضمان المتقدم الذكر . إذ الشريك يعتبر ، دون اتفاق ، ضامناً ليسار المدين في الحال والاستقبال ، فإذا لم تستوف الشركة الحق الذي للشريك في ذمة الغير في ميعاد استحقاقه ، رجعت على هذا الشريك بكل قيمة هذا الحق ،

== فتتبع القواعد الخاصة بذلك (بودري وقال ٢٣ فقرة ٢٣ فقرة ١٦٠ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٨ - فورنييه في الشركات المدنية فقرة ٤٠) .

(١) انظر في كل ما تقدم الراد ١/٣٠٨ و ٣٠٩ و ٣١٠ مدني .

بل وترجع عليه أيضاً بتعويض تكميلي إذا أثبتت أنها قد أصابها ضرر بسبب التأخر في استيفاء الحق . ويبرر هذا الحكم أن الشركة تكون قد اعتمدت على تكوين رأس مالها بمجرد تمام عقد تأسيسها ، فإذا وقع تأخر في استيفاء الحق الذي للشريك نقص رأس المال بمقدار هذا الحق ، وقد يكون ذلك سبباً في تعطيل أعمال الشركة وتكبدها خسائر من جراء ذلك . وغنى عن البيان أن هذا الحكم ليس من النظام العام ، فيجوز اتفاق الشريك مع سائر الشركاء على ألا يضمن إلا وجود الحق المحال به أو ألا يضمن إلا يسار المدين في الحال دون الاستقبال^(١) .

١٨٥ - الحصص ملكية فنية أو صناعية أو أدبية - نص قانوني :

وقد تكون حصة الشريك ملكية فنية أو صناعية أو أدبية^(٢) . فيقدم الشريك مثلاً براءة اختراع ، أو اسماً تجارياً ، أو علامة تجارية ، أو حقاً من حقوق المؤلف المختلفة كحق في كتاب أو في قطعة موسيقية أو في عمل من الأعمال الفنية . ففي هذه الحالة تسرى القواعد المقررة في شأن هذه الحقوق المعنوية ، وهي قواعد صدرت بها قوانين خاصة . فتنقل ملكية

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ٥١٣ مدني ما يأتي : « هذه المادة مقتبسة من المادتين ٩٩٧ من التقنين المراكشي و ٨٥٨ من التقنين اللبناني . وهي تقرر حكماً مخالفاً لأحكام الضمان في حوالة الحقوق العادية ، إذ المبدأ العام هو أن المحيل لا يسأل إلا عن وجود الحق المحال ، ولا يضمن يسار المحال عليه في الحال أو في الاستقبال إلا إذا اشترط ذلك صراحة . لكننا نستحسن الخروج على هذا المبدأ في حالة الشريك لأنه ، وقد تعهد بتقديم حصته ديوناً له في ذمة الغير ، يعتبر ضامناً ليسار المدين في الحال بل وفي الاستقبال ، وننفذي بذلك ما قد يقع عملاً من غش إذا وفي الشريك حصته النقدية عن طريق ديون له قبل الغير يستحيل استيفاؤها . كما أن هذا النص يقضي على النزاع القائم في الفقه بصدد هذا الموضوع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٥) .

(٢) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٤ .

الحق المعنوي إلى الشركة ، ويتحدد مدى هذا الحق ، طبقاً للإجراءات والقواعد المقررة في هذه القوانين .

على أنه يجب أن تكون الحصة في هذه الحالة حقاً معنوياً تحدد مداها طبقاً للقانون . أما مجرد ما يكون للشريك من نفوذ أو يتمتع به من ثقة مالية ، فلا يصح أن يقدمه حصة في رأس المال . وقد اختلف الفقه في فرنسا في جواز ذلك^(١) ، فذهب بعض الفقهاء إلى الجواز لأن النفوذ أو الثقة المالية ييسر للشركة وسائل الائتمان فتستطيع الحصول على قروض ، ولذلك قيمة مالية محسوسة^(٢) . وذهب بعض آخر إلى عدم جواز ذلك ، لأن النفوذ والثقة المالية ليس بمال فلا يصح أن يكون حصة في الشركة ، ولأنه قد يساء استعمال النفوذ أو الثقة المالية إلى حد الاستغلال^(٣) . وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف بنص صريح يقضى بعدم جواز تقديم الشريك ما يكون له من نفوذ أو ما يتمتع به من ثقة مالية حصة في رأس مال الشركة ، فقد نصت المادة ٥٠٩ من هذا التقنين على ما يأتي : « لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ أو على ما يتمتع به من ثقة مالية »^(٤) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا

(١) ولكن هناك إجماع على أن النفوذ السياسى أو نفوذ الوظيفة العامة لا يجوز أن يكون حصة في رأس مال الشركة (جيوار ٦ فقرة ٦٤ - فقرة ٦٥ - لوران ٢٦ فقرة ١٤٣ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٥٩ - هوبان وبوسقيه ١ ص ١٢٤ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ ص ٢٨٠ هامش رقم ١) .

(٢) انظر في هذا المعنى بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٥٩ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٠٨ - تاليروبيك في القانون التجارى ١ فقرة ٢١ .

(٣) انظر لوران ٢٦ فقرة ١٤٣ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٢٧٧ ص ٥ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٦٩٢ من المشروع التمهيدى

على وجه ينفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد - وفي لجنة المراجعة جمل مادة مستقلة تحت رقم ٥٢٧ في المشروع النهائى ، وأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد .

الصلد : « وقد قصد المشروع . . . أن يقطع برأى في خلاف قائم في الفقه والقضاء ، لأنه إذا كان من المجمع عليه أن النفوذ الذي يتمتع به رجل سياسي أو موظف عمومي لا يعتبر حصة ، إلا أن هناك من الفقهاء من يرى أن السمعة التجارية التي يتمتع بها شخص ما تعتبر حصة ، ويجوز قبولها منه كنصيب في رأس مال الشركة بغض النظر عن أية مساهمة عينية ، بل حتى إذا لم يتعهد هذا الشخص بأن يقدم عمله للشركة : تالير وبيك شرح القانون التجاري سنة ١٩٢٥ جزء أول رقم ٢١ - بلانيول وريبير جزء ٢ رقم ١٠٠٨ - انظر أيضاً تقنين طنجه م ٨٤١ والتقنين المراكشي م ٩٩٠ . على أننا نرى أن الحصة لا يمكن أن تكون إلا مالا أو عملا . وإذا كانت السمعة التجارية هي ثمرة العمل والنزاهة ، فلأنها مع ذلك ليست بمال ، فهي لا يمكن تقديرها نقداً وليست قابلة للتملك ، ولا تعتبر حصة إلا إذا انضم إليها مجهود الشخص ونشاطه : أو برى ورو ٤ فقرة ٣٧٧ - لوران جزء ٢٦ رقم ١٤٥ » (١) .

١٨٦ - الحصة التزام بعمل - نصوص قانونية : وقد تكون حصة الشريك التزاماً بعمل ، وهذا الالتزام على نوعين ، فهو إما أن يكون

= ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٥ - ص ٣١٦) .

ولا مقابل النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٧٧ (مطابق) - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٠٠ (مطابق) - وفي التقنين المدني العراقي لا يوجد مقابل النص ، ولكن يمكن الأخذ بحكمه لا تنافه مع القواعد العامة . وفي تقنين الميرجيات والنفوذ اللبناني م ٨٥٠ : يجوز أيضاً أن يكون ما يقدمه أحد الشركاء الثقة التجارية التي يتمتع بها (وهذا الحكم يختلف عن حكم التقنين المصري) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣١٢ - ص ٣١٤ .

التزاماً بتمكين الشركة من الانتفاع بعين معينة ، وإما أن يكون التزاماً بالقيام بخدمات معينة تدخل ضمن أعمال الشركة .

ففي الالتزام بتمكين الشركة من الانتفاع بعين معينة تنص الفقرة الثانية من المادة ٥١١ من التقنين المدني على ما يأتي : « أما إذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال ، فإن أحكام الإيجار هي التي تسرى في ذلك »^(١) . ويتبين من هذا النص أن حصة الشريك قد تكون التزاماً منه بتمكين الشركة من الانتفاع مثلاً بمكان يملكه الشريك وتجعله الشركة مقراً لأعمالها^(٢) . ففي هذه الحالة يبقى الشريك مالِكاً للمكان ، وتكون الشركة

(١) ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٦٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٥٣٩ من المشروع النهائي - ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٥١١ مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٠ - ص ٣٢١) .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢/٤٧٩ (مطابق) - وفي التقنين المدني الليبي م ٢/٥٠٢ (مطابق) - وفي التقنين المدني العراقي م ٢/٦٣١ (مطابق) - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٥٩ : . . . وإذا كان ما قدمه مقصوراً على حق الانتفاع ، كان الشريك ملزماً بالضمان المترتب على المؤجر ، ولزمته أن يضمن أيضاً محتوى ذلك الشيء على الشروط نفسها (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري) .

(٢) وقد تكون الحصة مجرد تمكين الشركة من استئجار مقر لها ، وهذا التزام بعمل . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا التزم أحد الشركاء في شركة بالتخلي عن قطعة أرض لإقامة مكان الشركة عليها . وكانت تدخل ضمن مساحة كبيرة اعتاد استئجارها من مصلحة الأملاك ، على أن يكون له ثلث الشركة ، كان لهذا التخلي من جانبه من القيمة في نظر الشركاء ، سواء من جهة صلاحية القطعة لأغراض الشركة أو من جهة تمكين الشركاء من إستئجارها منفصلة عن مجموع المساحة المؤجرة له ، ما يكتفى لأن يجعل مساهمة هذا الشريك في الشركة مساهمة جدية بالقيمة التي قررها لها الشركاء ، وهي ثلث الشركة . ولا محل إذن لمراجعة الشركاء في تقديرهم والقول بأن تلك المساهمة من التفاهة بحيث لا تعتبر مشاركة في رأس مال الشركة وتكوينها ، ومن ثم فساهمة الشريك في رأس مال الشركة على الوجه المذكور هي مساهمة كافية لانعقاد الشركة انعقاداً صحيحاً (استئناف مصر ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٨٢) .

بمجزلة المستأجر لهذا المكان ، وتقوم العلاقة ما بين الشريك والشركة بالنسبة إلى المكان كما لو كان هناك عقد إيجار . فيلتزم الشريك بتسليم المكان إلى الشركة ، وبضمن لها التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ويتحمل تبعه الهلاك . وليس على الشركة أن تدفع أجرة للمكان ، فإن انتفاعها به هو حصة الشريك في الشركة وهي تملك هذه الحصة ، ولكن على الشركة أن ترد المكان إلى الشريك في نهاية المدة . ويلاحظ في العقار ، إذا كانت المدة تزيد على تسع سنوات ، أنه يجب التسجيل طبقاً للقواعد المقررة في عقد الإيجار^(١) .

وفي الالتزام بالقيام بخدمات معينة تدخل ضمن أعمال الشركة تنص المادة ٥١٢ من التقنين المدني على ما يأتي : « ١ - إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة عملاً ، وجب عليه أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها ، وأن يقدم حساباً عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولة العمل الذي قدمه حصة له . ٢ - على أنه لا يكون ملزماً بأن يقدم للشركة ما يكون قد حصل عليه من حق اختراع ، إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك »^(٢) . ويتبين من هذا النص أن الشريك قد تكون حصته في

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فإذا كانت الحصة واردة على مجرد الانتفاع بالمال ، فإن ملكيتها للشريك وتكون الشركة بمثابة مستأجرة لها ، وعليها التزام بردها في نهاية المدة . وتنازل الشريك عن الانتفاع ، وإن كان لا يعتبر إيجاراً ، إلا أنه يشبه الإيجار من حيث إجراءات العلانية وأحكام الضمان وتبعة الهلاك . وعلى ذلك إذا كان الانتفاع وارداً على عقار ، وكانت مدته تزيد عن الحد المقرر قانوناً ، وجب التسجيل طبقاً للقواعد المقررة في الإيجار . كذلك يتحمل الشريك تبعه الهلاك لأنه مازال مالكا للحصة ، ويلزم أيضاً بالضمان قبل الشركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٢٠ - ص ٣٢١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٤٠ في المشروع النهائي .

رأس المال هي التزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة ، وهذه الأعمال لها قيمة مادية فيصح أن تكون حصة في رأس المال . مثل ذلك أن تكون الشركة تستغل مصنعا ، ويكون أحد الشركاء مهندسا تدخل أعمال المصنع في اختصاصه الفني ، فيتقدم بعمله شريكاً . ويصح أن يكون للشركة فرع في جهة غير مقرها الأصلي ، فيقوم الشريك بإدارة هذا الفرع ، أو يقوم بالأعمال الفنية لهذا الفرع ، ويكون عمله في الحالتين هو حصته في رأس المال . كما يجوز أن يكون مدير الشركة الفني شريكاً ، وحصته في الشركة هي الإدارة الفنية التي يقوم بها^(١) . وياتزم الشريك

= ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ قدم اقتراح بحذف عبارة « وأن يقدم حساباً عما يكون قد كسبه . . . » إلى آخر الفقرة الأولى من المادة ٥١٢ ، لأن فعل الشريك في هذه الحالة يكون مخالفاً لالتزامه وموجباً لمساءلته بالتعويض ، فلا يكون ثمة محل لإيراد النص . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأنه منى على فهم غير صحيح للنص ، فالمقصود ليس حالة الشريك الذي يقدم نصيبه عملاً ثم يعمل لحسابه لا لحساب الشركة ، بل المقصود حالة الشريك الذي يعمل لحساب الشركة فيقدم لها حساباً عن عمله . ووافقت اللجنة على النص دون تعديل ، ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٢ - ص ٣٢٤) . ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٥١٢/٤٢٠ : يجوز أن تكون الحصة في رأس المال... عبارة عن عمل لواحد من الشركاء أو أكثر (والحكم متفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٨٠ (مطابق) - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٠٣ (مطابق) - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٣٢ (موافق : انظر الأستاذ حسن الفتون فقرة ١٠٢) - وفي تقنين الموجبات والمقود البناني م ٨٦٠ : إن الشريك الذي التزم بتقديم صنعة يلزمه أن يقوم بالأعمال التي وعد بها ، وأن يقدم حساباً من جميع الأرباح التي جناها من تاريخ إبرام العقد بواسطة تلك الصنعة التي هي موضوع الشركة . على أنه لا يلزم بأن يدخل في الشركة شهادات الاختراع التي حصل عليها ، ما لم يكن ثمة اتفاق مخالف (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري) .

(١) وقد يكون العمل هو الحصول على ترخيص أو على « تصاريح » للاستيراد أو نحو ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين بما أورده الحكم من شرائط الاتفاق الحرر أن المهكة كيفت العقد التكليف القانوني الصحيح إذ اعتبرته عقد شركة ، وتحدثت عما قامت به المظنون عليها من جهد للحصول على تصاريح الاستيراد وأن هذا الجهد كان محل تقدير المظنون =

في جميع هذه الأحوال بأن يقوم بالأعمال التي أخذها على نفسه في عقد تأسيس الشركة كحصته في رأس المال بالعناية المألوفة التي يبذلها الرجل العادى في مثل هذه الأعمال ، ويكون مسئولاً عن تقصيره وفقاً للقواعد العامة^(١) . وإذا كان مشروطاً عليه أن يتفرغ لهذه الأعمال ، لم يجوز له أن يباشر عملاً آخر إلى جانبها . وإذا كان له أن يقوم بعمل آخر ، لم يجوز أن يكون هذا العمل من شأنه أن ينافس الشركة بحيث يضر بها . وإذا قام بالأعمال التي تعهد بها وكسب أجراً عليها من الغير ، وجب عليه أن يقدم للشركة حساباً عن هذا الأجر فهو من حق الشركة . وقد حرص المشرع أن يبين أن الشريك إذا كان أثناء قيامه بأعمال فنية للشركة كحصته في رأس المال قد عثر على اختراع وكسب بذلك حق الاختراع ، فإن هذا الحق لا يدخل في الحصة ، بل يكون ملكاً خالصاً له ، وذلك ما لم تكن الشركة قد اشترطت عليه من قبل أن يدخل هذا الحق في حصته فتكسب الشركة بهذا الاتفاق حق الشريك في الاختراع^(٢) . ويلاحظ أنه يجب التمييز بين شريك يقدم حصته في رأس مال الشركة عملاً ، وبين عامل أو أجير للشركة يأخذ جزءاً من أجره مقداراً من أرباح الشركة . ففي الحالة الأولى يساهم الشريك في أرباح الشركة وفي خسائرها ، فإذا خسرت

=نفسه حتى لقد قبل أن يكون للمطعون عليها لقاء النصف في أرباح الشركة ، كما كتب لمدير الشركة مشيداً بهذا الجهد وبأنه لولاه لانتحال على الطابع الحصول على التصاريح ، وكانت المحكمة قد اعتبرت هذا العمل الذي قامت به الشركة حصة قانونية بالإضافة إلى ما تنتج به من سمعة تجارية ، فإن القول بعد هذا بأن العقد بلا سبب غير صحيح في القانون (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥ ص ٢١) .

(١) وإذا عجز الشريك عن العمل لمرض أو لأي سبب آخر ، اعتبرت حصته قد هلكت فتحل الشركة ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك (بلانيول وريبير وليبارينيير ١١ فقرة ١٠١١ مكررة) .

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ .

الشركة كانت مساهمته في الخسارة عمله الذي قدمه للشركة إذ لا يأخذ عليه أجراً (انظر م ٥١٥ / ٢ مدني وسيأتي بيانها^(١)) . أما في الحالة الثانية فالعامل أو الأجير يساهم في الربح دون أن يساهم في الخسارة ، إذ أن عمله في الشركة له دائماً أجر معلوم ، وقد سبق بيان ذلك^(٢) .

المبحث الثاني

كيف يتعين نصيب كل شريك
في الربح أو في الخسارة

١٨٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥١٤ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ١ - إذا لم يعين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسارة ، كان نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال » .
« ٢ - فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الربح ، وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضاً ، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب في الخسارة » .

« ٣ - وإذا كانت حصة أحد الشركاء على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة تبعاً لما تنفيذه الشركة من هذا العمل . فإذا قدم فوق عمله نقوداً أو أى شيء آخر ، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه » .

وتنص المادة ٥١٥ على ما يأتي :

« ١ - إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها ، كان عقد الشركة باطلاً » .

(١) انظر مايلي فقرة ١٩١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

« ٢ - ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر ، بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر على عمله » (١) .
وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٤٣٠ - ٤٣٤ /
٥٢٣ - ٥٣٠ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٥١٤ : ورد هذا النص في المادة ٦٩٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٥٤٢ في المشروع النهائي - ووافق عليه مجلس النواب - وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترحت الاستعاضة بمادة « يكون نصيبه بمقدار أقل الحصص » في الفقرة الثالثة من المادة عن عبارة « وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة تبعاً لما تفيده الشركة من هذا العمل » ، لأن في ذلك تقريراً لأحكام التقنين السابق وحسباً لأسباب المنازعات . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن فيه جحاشاً بحق الشريك الذي تكون حصته مقصورة على عمله . وقد يكون هذا العمل أهم ما في الشركة ، وليس يكتفى لتبرير الرجوع إلى الحكم المغيب المقرر في التقنين السابق الاستناد إلى تيسير حسم المنازعات لأن هدف التشريع الأول ينبغي أن يكون عدالة الحكم أما هذا التيسير فيأتي في الدرجة الثانية . وأقرت اللجنة النص دون تعديل ، ثم أقره مجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢٧ وص ٢٢٩ - ص ٢٣١) .

م ٥١٥ : ورد هذا النص في المادة ٦٩٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أولاً يساهم في خسائرها ، جاز إبطال عقد الشركة بناء على طلب الشريك الذي حرم من المساهمة في الأرباح أو بناء على طلب أى من الشركاء الذين يقع عليهم وحدهم عبء الخسائر . ومع ذلك يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر ، على ألا يكون له أجر عما يقدمه من عمل » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٤٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدل نص الفقرة الأولى من المادة تعديلاً يجعل الجزاء البطالان المصنق لا عدم القابلية للإبطال فحسب ، إذ أن الشرط القاضى بعدم مساهمة الشريك في الأرباح أو في الخسارة يخالف النظام العام وينتفى نية الشركة عند الشريك الذي يقبل هذا الشرط ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة تحت رقم ٥١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢٢ - ص ٢٢٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٣٠/٥٢٣ - ٥٢٤ : تعين في سند عقد شركة حصص =

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٨٢ - ٤٨٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٠٥ - ٥٠٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٣٤ - ٦٣٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٩٤ - ٨٩٦^(١) .

= كل شريك في الأرباح، فإذا لم يذكر ذلك في العقد ، كانت حصة كل واحد منهم في الأرباح بالنسبة لحصته رأس المال .

م ٥٢٥/٤٣١ : حصة الشريك الذي وضع عمله بصفة رأس مال مساوية لأقل حصة من حصص الشركاء الذين وضعوا حصصهم في رأس المال عيناً .

م ٥٢٦/٤٣٢ : الشريك الذي وضع عمله بصفة رأس مال إذا وضع زيادة عليه رأس مال عيناً يستحق في مقابلة ما وضعه من رأس المال العيني حصة من الربح نسبية .

م ٥٢٧ مختلط : ومع ذلك إذا انقضت الشركة قبل انتهاء مدتها لا يستحق الشريك صاحب العمل في قسمة رأس مال الشركة إلا حصة بنسبة ما مضى عن المدة .

م ٥٢٨/٤٣٣ : والحصة في الخسارة مساوية للحصة المشترطة في الربح ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك .

م ٥٢٩/٤٣٤ - ٥٣٠ : لا يجوز أن يشترط في الشركة أن واحداً من الشركاء أو أكثر لا يكون له نصيب في الربح أو يسترجع رأس ماله سالماً من كل خسارة . ولكن يجوز أن يشترط أن من دخل في الشركة بعمله لا يشترك في الخسارة بشرط ألا تترتب له أجره عن عمله .

(وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد ، فيما عدا أن حصة الشريك إذا كانت عملاً كانت تقدر في التقنين السابق بقيمة أقل الحصص العينية ، أما في التقنين الجديد فتقدر تبعاً لما تفيده الشركة من العمل . وتسرى أحكام التقنين السابق في الشركات المدنية التي أسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٨٢ - ٤٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٠٥ - ٥٠٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٣٤ (موافق) .

م ٦٣٥ (موافق ، فيما عدا أن الجزاء في التقنين العراقي هو فسخ عقد الشركة بناء على طلب الشريك الذي حرم من المساهمة في الأرباح أو بناء على طلب أى من الشركاء الذين يقع عليهم وحكم عبء الخسائر) . انظر في القانون العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٠٤ وما بعدها . =

١٨٨ - التمييز بين فرضين : ويتبين من النصوص المتقدمة الذكر أنه

يجب التمييز بين فرضين : أولاً - إذا نص عقد الشركة على تعيين نصيب كل شريك في الربح والخسارة . ثانياً - إذا لم ينص العقد على ذلك .

وقبل أن نستعرض كلا من الفرضين نحسن الإشارة إلى أن توزيع الربح والخسارة بين الشركاء إذا لم يقع وقت قيام الشركة ، فإنه يقع حتماً عند انحلال الشركة حيث يتبين ما إذا كان هناك ربح أو خسارة فيوزع ذلك أو هذه على الشركاء . على أنه جرت العادة بأن تعد ميزانية سنوية للشركة أثناء قيامها ، وما ينتج من ربح في العام يوزع بين الشركاء^(١) .

= تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٩٤ : إذا لم يعين في عقد الشركة نصيب كل شريك من الأرباح والخسائر ، فيكون نصيب كل منهم مناسباً لما وضعه في رأس مال الشركة . وإذا لم يعين في العقد إلا النصيب من الأرباح ، فإن هذا التعيين يطلق على الخسائر ، والعكس بالعكس . أما الشريك الذي لم يقدم سوى صناعته ، فتعين حصته على نسبة ما يكون لهذه الصناعة من الأهمية بالنظر إلى الشركة . والشريك الذي قدم علاوة على صناعته نقوداً أو غيرها عن المقومات يحق له أن يتناول حصة مناسبة لما قدمه من هذين الوجهين .

م ٨٩٥ : إذا قضى العقد بمنح أحد الشركاء مجموع الأرباح ، كانت الشركة باطلة . وكل نص يعطى أحد الشركاء من الاشتراك في دفع الخسائر يؤدي إلى بطلان الشركة .

م ٨٩٦ : تجرى أرباح الشركة وخسائرها بناء على الموازنة التي يجب تنظيمها مع قائمة الجرد في آخر كل عام أو في آخر كل سنة للشركة .
(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وينص التقنين اللبناني على وجوب تكوين مال احتياطي للشركة قبل تقسيم الأرباح على الشركاء ، فيقطع قبل كل قسمة جزء من عشرين من الأرباح الصافية في آخر السنة لتكوين هذا المال الاحتياطي حتى يبلغ خمس رأس المال . وإذا نقص رأس المال وجب أن يستكمل على قدر الخسارة بما يجنى من الأرباح فيما بعد . وتنقطع الشركة عن توزيع كل ربح على الشركاء إلى أن يعود رأس المال إلى أصله تماماً ، ما لم يقرر الشركاء إقزال رأس مال الشركة إلى المبلغ الموجود حقيقة (م ٨٩٧ لبناني) . وبعد هذا الاقتطاع تصفى حصة كل شريك من الأرباح ويحق له عندئذ أن يأخذها ، فإذا تخلف عن أخذها أقيمت كوديعة له دون أن تراد بها حصته في رأس مال الشركة .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد :
« من أولى حقوق الشريك حقه في المطالبة بنصيب في الربح الصافي
للشركة . ولكن متى يجوز للشريك أن يطالب بحقه في الربح ! يقرر الشركاء
عادة عند انحلال الشركة ما إذا كان هناك ربح أو خسارة ، ثم يحصل
التوزيع : انظر م ٥٦٤ فقرة أولى من التقنين البولوني . على أنه جرت
العادة أيضاً بأن تعمل ميزانية سنوية للشركة ، وما ينتج من ربح يوزع
على الشركاء . وقد أقر التقنين البولوني (م ٢/٥٦٤) هذه العادة . على
أن الأمر يتعلق بعرف ثابت مستقر جرى العمل على اتباعه حتى لو لم يذكر
شيء في نظم الشركة ، ولذلك لم نر حاجة للنص عليه . كذلك بالنسبة
للخسائر تقضى القواعد العامة بداهة بأنها توزع على الشركاء عند انحلال
الشركة ، كما لا يقسم أى ربح بينهم إلا بعد تغطية الخسائر »^(١) .

أولاً - عقد الشركة ينص على تعيين نصيب كل شريك في الربح والخسارة

١٨٩ - **تعيين النصيب في كل من الربح والخسارة :** يعين عقد
الشركة عادة نصيب كل شريك في أرباح الشركة وفي خسائرها ، وعند
ذلك توزع الأرباح والخسائر على الشركاء طبقاً لما تعين من ذلك في عقد
الشركة . وليس من الضروري أن يتعين نصيب الشريك في الربح معادلاً
لنصيبه في الخسارة ، فقد يكون نصيب أحد الشركاء في الخسارة أكبر

= الشركة ، ما لم يوافق بقية الشركاء موافقة صريحة على إضافتها إلى حصته ، وذلك كله ما لم يكن
نص مخالف (م ٨٩٨ لبناني) . وتنص المادة ٥١٣ من التقنين المدني الليبي على أنه « يحق لكل
شريك أن يتسلم نصيبه من الأرباح بعد التصديق على بيان الحسابات ، ما لم يتفق على خلاف ذلك » .
(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٨ - وانظر بودري وفال ٢٣ فقرة ٢٨٩ -
فقرة ٢٩٠ - فورنييه في الشركات المدنية فقرة ٩٦ .

من نصيبه في الربح إذا كان مثلاً مديراً للشركة ، أو العكس . كذلك ليس من الضروري أن يكون نصيب الشريك في الربح أو في الخسارة متناسباً مع قيمة حصته في رأس المال أو متناسباً مع ما تفيده الشركة من هذه الحصّة إذا كانت عملاً ، بل يجوز أن يزيد النصيب أو ينقص عن ذلك^(١) . وفي هذه الحالة قد ينطوى عقد الشركة على هبة غير مباشرة للشريك الذي زاد نصيبه في الربح أو نقص نصيبه في الخسارة ، وتكون الهبة صحيحة دون حاجة إلى ورقة رسمية لأنها هبة غير مباشرة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٢) .

١٩٠ - تعيين النصيب في الربح ومدة أو في الخسارة ومدها :

وقد يقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشريك في الربح وحده ، فعند ذلك يكون نصيبه في الخسارة معادلاً لنصيبه في الربح ولو لم يكن متناسباً مع قيمة حصته في رأس المال . ذلك أن تعيين النصيب في الربح قرينة على أن هذا هو النصيب أيضاً في الخسارة ، إذ الربح يقابل الخسارة ومن العدل أن تكون مساهمة الشريك في كل من الربح والخسارة بقدر واحد ما دام عقد الشركة لم ينص على اختلاف ما بين النصيبين^(٣) . وكذلك يكون الحكم فيما إذا اقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشريك في الخسارة ،

(١) استئناف مخطط ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٥ - ٢٠٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٧ - ويجوز أيضاً أن يشترط الشريك ، في عقده بشائر الشركة ، ألا يساهم في الخسارة إلا بقدر حصته في رأس المال ، ولكنه يبقى مسئولاً نحو دائي الشركة في ماله الخاص ويرجع على شركائه (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فترة ١٠٥٦) . ويجوز للشريك بعد حل الشركة وأثناء تصفيتها أن يتفق مع باقي الشركاء على أن يأخذ جزءاً من حصته ثم لا يكون مسئولاً عن الخسائر (استئناف مخطط ٦ يولية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٣) .

(٢) انظر آتفاً فقرة ١٦١ - وانظر بودري وقال ٢٣ فقرة ٢٦٩ - فقرة ٢٧٠ .

(٣) استئناف مصر ٢ مايو سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٨٣ - استئناف

مخطط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٦٠ .

فإن هذا يكون هو أيضاً نصيبه في الربح للاعتبارات المتقدمة الذكر . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥١٤ مدني على هذه الأحكام صراحة ، فقد رأيناها تقول : « فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الربح ، وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضاً ، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب في الخسارة » .

١٩١ - النص على عدم مساهمة الشريك في الربح أو في الخسارة -

شركة الأسد : وقد قدمنا أن من مقومات عقد الشركة أن يساهم كل شريك في أرباحها وفي خسائرها بنصيب ما ، وإلا كانت الشركة باطلة لأن نية الشركة تكون منتفية^(١) . فإذا نص عقد الشركة على ألا يساهم شريك في الربح ، فعني ذلك أنه يساهم في الخسارة دون الربح ، فيكون عليه الغرم وليس له الغنم . أو نص عقد الشركة على ألا يساهم شريك في الخسارة ، فعني ذلك أنه يساهم في الربح دون الخسارة ، فيكون له الغنم وعلى شركائه الآخرين الغرم^(٢) . والشركة التي يكون فيها لشريك الغنم دون الغرم أو الغرم دون الغنم تسمى شركة الأسد (société léonine) ، وهي شركة باطلة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١٥ مدني صراحة على هذا الحكم ، فقد رأيناها تقول : « إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها ، كان عقد الشركة باطلاً »^(٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

(٢) ولو نص في عقد الشركة أن شريكاً لا يساهم لا في الربح ولا في الخسارة ، فالشركة أيضاً باطلة ، لأن نية الشركة تكون منتفية عند هذا الشريك (بودري وقال ٢٣ فقرة ٢٦٦) . وذلك ما لم يعتبر هذا الشريك مقرضاً للشركة لا شريكاً .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . « يطابق هذا النص الحكم الحكم الوارد بالمادة ٥٢٩/٤٣٤ - ٥٣٠ من التقنين الحالي والسابق » ، وهو يقرر بطلان =

ومن ثم إذا نص عقد الشركة على أن أحد الشركاء لا يساهم في الربح ، أن يكون نصيبه فيه تافهاً إلى حد أن يكون هذا النصيب غير جدى ، فإن الشركة تكون باطلة^(١) . وتكون باطلة أيضاً إذا نص العقد على أن أحد الشركاء لا يساهم في الخسارة أو أن يكون نصيبه فيها تافهاً إلى حد عدم الجدوية^(٢) . ولكن لا يعتبر الشريك معفى من الخسارة إذا كانت حصته في رأس المال هي عمله ما دام لم يتقرر له أجر على هذا العمل ، إذ هو في هذه الحالة يكون مساهماً في الخسارة حتماً فقد قام بعمل لم يأخذ عليه أجراً وهذه هي خسارته^(٣) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥١٥ مدنى صراحة على هذا الحكم ، فقد رأيناها تقول : « ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر ، بشرط ألا يكون

= شركة الأسد . والحكم الوارد به نتيجة معقولة لطبيعة عقد الشركة : تعاون الشركاء لتحقيق عمل مشترك ونية المساهمة في هذا العمل عن طريق قبول بعض الأخطار . فلا يجوز إذن الاتفاق على أن يستولى واحد أو أكثر من الشركاء على كل الأرباح ، أو ألا يتحمل نصيباً من الخسارة . ولا يلزم لتطبيق النص أن يكون الإعفاء منصفاً على تحمل كل الخسارة أو الاستئثار بكل الربح كاملاً ، بكل يكنى أن يكون نصيب الشريك في الخسارة أو في الربح تافهاً لدرجة يتبين معها أنه صورى . ويترب على مخالفة هذا الحكم بطلان العقد كله ، لأن الشروط الأساسية في الشركة وحدة لا تتجزأ ، وقد يكون الشريك لم يقبل التعاقد إلا بناء على الشرط الباطل « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٣) .

(١) استئناف مخطط ١٠ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٥٢ .

(٢) استئناف مصر ٨ أبريل سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٣ : ص ٢٤٤ - الزقازيق

١٤ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٦ ص ٧٨٥ - مصر الكلية ١٢ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦٥ ص ١٠٤٣ - استئناف مخطط ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٢ .

ولكن يجوز أن يتعاقد الشريك مع أجنبى على تأمينه ضد الخسارة ، فإذا خسر ردت شركة التأمين له خسارته . أما إذا تعاقد الشريك مع شريك آخر على هذا التأمين ، فيرد الشريك الآخر إلى الشريك الأول الخسارة ، فإن هذا لا يجوز (أنيسكلويدى دالوز) لفظ *société civile* فقرة (١١٦) .

(٣) بودرى وقال ٢٣ فقرة ٢٨٠ .

قد تقرر له أجر على عمله «(١) . أما إذا كانت حصة الشريك الانتفاع بمال أو بنقود ، فإنه لا يجوز ان يعفى من المساهمة في الخسارة وإلا كانت الشركة باطلة ، لأن الشريك في هذه الحالة يساهم في الأرباح ، فإذا هو أعفى من المساهمة في الخسائر شارك في الغنم دون الغرم ، وهذه هي شركة الأسد (٢) . وشركة الأسد ، في أية صورة من صورها ، باطلة كما قدمنا . والبطلان مطلق ، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به ، ويحكم به القاضي من تلقاء نفسه ، ولا ترد عليه الإجازة ، ولا يسرى في حقه التقادم . وقد كان المشروع التمهيدى ينص على أن الشركة تكون قابلة للإبطال لمصلحة من يضار من الشركاء بشرط عدم المساهمة في الخسارة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الفقرة الثانية من المادة ٣٤ مدني (سابق ويقابلها م ٢/٥١٥ مدني جديد) تشمل بعموم نصها من دخل الشركة بعمله فقط ومن يدخل بعمله مع حصة مالية . فلا تكون الشركة باطلة إذا اشترط من ساهم فيها بحصة مالية وعمل فني إعفاء حصته المالية من أية خسارة ، لأنه في هذه الحالة يكون قد تحمل في الخسارة ضياع عمله الفني بلا مقابل ، وهذا يكفي لتصحيح الشركة كنص تلك الفقرة . ولكن يشترط ألا يكون العمل الفني تافهاً ، والعمل الذي يصح اعتباره حصة في رأس مال شركة ما هو العمل الفني كالتجارة التجارية في مشرى الصنف المتجر فيه وبيعه (نقض مدني ٢٢ يونية سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٥ ص ٢٤٤) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم إذ قضى بصحة عقد الشركة قد قرر أن المادة ٥٣٠ من القانون المدني المختلط (الملغى) تشمل بعموم نصها من دخل الشركة بعمله فقط ومن دخل بعمله مع حصة مالية ، وأن الشركة لا تكون باطلة إذا اشترط من أسهم فيها بحصة مالية فوق عمله إعفاء حصته المالية من أية خسارة لأنه هذه الحالة يكون قد تحمل في الخسارة ضياع وقته وجهده بلا مقابل ، فإن ما قرره هذا الحكم هو صحيح في القانون (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٥ ص ٢١ - أنظر أيضاً استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٣٠ ص ٨٧٧) .

(٢) أما الشريك الذي ساهم بالعمل فإنه يسترد في الأصل قيمة عمله (بودري وقال ٢٣ فقرة ٢٦٣) ، فإذا أعفى من المساهمة في الخسارة صح ذلك ، بشرط ألا يسترد قيمة عمله وألا يأخذ أجراً عليه . انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٣) .

- وهم سائر الشركاء غير من أسقى من المساهمة في الخسارة - أو لمصلحة الشريك الذى اشترط عليه عدم المساهمة في الربح^(١). ولكن عدل النص في لجنة مجلس الشيوخ فجعل البطلان مطلقاً ، « إذ أن الشرط القاضى بعدم مساهمة الشريك في الأرباح أو في الخسارة يخالف النظام العام ، وينقضى نية الشركة عند الشريك الذى يقبل هذا الشرط »^(٢).

ثانياً - عقد الشركة لا ينص على تعيين نصيب الشريك
لا في الربح ولا في الخسارة

١٩٢ - تعيين نصيب الشريك في الربح وفي الخسارة بنسبة حصته في

رأس المال : فإذا سكت عقد الشركة عن تعيين نصيب الشريك في الربح أو في الخسارة ، فالمفروض أن يكون نصيبه في ذلك أو في هذه بنسبة حصته في رأس المال . وذلك يستلزم تقويم هذه الحصص : فإذا لم تكن مقومة منذ البداية في عقد الشركة ولم تكن من النقود ، تم تقويمها بالاتفاق ما بين الشركاء جميعاً ، فإذا اختلفوا قوم الخبراء حصة كل منهم . وعند الشك يفترض تساوى الأنصبة (م ٥٠٨ مدنى) ، ويمكن تصور ذلك إذا كانت الحصص كلها عبارة عن عمل يقدمه الشركاء . فإذا لم يمكن تقويم الحصص ، أو قام شك في هذا التقويم ، قسمت الأرباح والخسائر

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٣٢٣ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ١٨٧ في الهامش - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٤ -

ص ٣٣٥ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ٢٨٨ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٤٣ - فقرة ١٠٤٤ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أبطلت المحكمة شركة لبطلان ما اشترط في عقدها من أن صاحب الحصة الكبرى في رأس المال لا يتحمل شيئاً في الخسارة ، فتدوية حسابه هذه الخسارة تكون على قاعدة تقسيمها بين الشريكين بنسبة ما اتفقا عليه بشأن أرباحها (نقض على ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٥ ص ٢٤٤) .

بالتساوى بين الشركاء . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١٤ مدنى على طريقة التوزيع هذه ، فقد رأيناها تقول : « إذا لم يعين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر ، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال » (١) .

١٩٣ - نصيب الشريك فى الربح والخسارة إذا كانت حصته مجهولة :

وإذا سكت عقد الشركة عن تعيين نصيب الشريك فى الربح والخسارة ، وكانت حصة هذا الشريك عملاً يقدمه للشركة ، فقد سبق القول إن هذا العمل تقدر قيمته تبعاً لما تفيده الشركة من هذا العمل ، وبقدر هذه القيمة تكون حصة الشريك فى رأس المال (٢) . ومن ثم يكون نصيب الشريك فى

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « وتعرض هذه المادة لكيفية توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء ، وقد اقتبسها المشروع من التقنين اللبنانى (م ٩٩٤) والتقنين التونسى (م ١٣٠٠) والتقنين المراكشى (م ١٠٣٣) ، مع مراعاة الصعوبات العملية التى واجهها القضاء . والنص مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين ، ولذلك لا يعمل به إلا فى حالة سكوت العقد عن ذكر شئ فى هذا الشأن . . . المبدأ العام هو توزيع الأرباح والخسائر بنسبة قيمة الحصص ، وذلك يستلزم تقديرها إذا لم تكن مقومة فى العقد ولم تكن من النقود . ويتم ذلك بمعرفة الشركاء أنفسهم أو الخبراء . . . عند الشك يفترض تساوى الأنصبة ، ويمكن تصور هذه الحالة إذا كانت كل الأنصبة عبارة عن عمل يقدمه الشركاء . فإذا لم يمكن تقدير الحصص ، أوقام شك فى هذا التقدير ، تقسم الأرباح والخسائر بالتساوى بين الشركاء والقضاء يقضى بهذا الحل ، رغم أن التقنين الحالى (السابق) لم ينص عليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩) .

وإذا عين فى عقد الشركة نصيب بعض الشركاء فى الربح والخسارة وسكت العقد عن نصيب الآخرين ، فيبدو أن النصيب الذى عين فى العقد يعمل به ، وما بقى من ربح أو خسارة يقسم على باقى الشركاء الذين لم تعين أنصبتهم بنسبة حصة كل واحد منهم فى رأس المال .

(٢) فإذا أدى الشريك العمل مدة قيام الشركة قدر عمله طول هذه المدة ، وإذا انقضت الشركة قبل انتهاء مدتها أو انقطع الشريك عن العمل مدة من الزمن ، قدر عمله من المدة التى أدى =

الربح وفي الخسارة بنسبة حصته في رأس المال مقومة على هذا النحو .
وقد كان التقنين المدني السابق (م ٤٣١/٥٢٥) يقضى بأن يقوم العمل
الذى قدمه الشريك حصة في رأس المال بمقدار يساوى أقل حصة من
الحصص العينية التى قدمها الشركاء ، وذلك حسبما للنزاع في تقويم
العمل^(١) . وقد اقترح في لجنة الشيوخ إبقاء العمل بهذا الحكم ، ولكن
اللجنة رفضت هذا الاقتراح « لأن فيه إجحافاً بحق الشريك الذى تكون
حصته مقصورة على عمله ، وقد يكون هذا العمل أهم ما فى الشركة .
وليس يكفى لتبرير الرجوع إلى الحكم المعيب المقرر في التقنين السابق
الاستناد إلى تيسير حسم المنازعات ، لأن هدف التشريع الأول ينبغي أن
يكون عدالة الحكم ، أما هذا التيسير فيأتى في الدرجة الثانية »^(٢) .

فإذا كان الشريك الذى قدم عمله حصة في رأس مال الشركة قدم
فوق ذلك نقوداً أو أى شيء آخر ، كان له نصيب في الربح أو في الخسارة
عن عمله مقوماً على النحو المتقدم ، ونصيب آخر في الربح أو في الخسارة
عما قدمه فوق عمله من نقود أو أى شيء آخر .

وقد وردت هذه الأحكام صراحة في الفقرة الثالثة من المادة ٤١٤

= العمل فيها فعلاً (بألانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٤٧ ص ٣٢٤ - بودرى وقال
٢٣ فقرة ٢٦٤ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨١ ص ٤٢) .

(١) فإذا لم يكن في الشركة غير شريكين أحدهما بحصة مالية والآخر بالعمل ، فإن
المبدأ المتقدم الذكر يقضى بأن يكون نصيب كل شريك في الربح مساوياً النصيب الآخر .
ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه قد حرت المادة إذ اشترك شخصان وقدم أحدهما
رأس المال وتمهد الثاني بإدارة الأعمال ، كان للأول ثلثا الأرباح وللثاني الثلث (٢٧ فبراير
سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٣٩ ص ٤٠٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٠ - ص ٣٢١ - انظر آنفاً فقرة ١٨٧ في
المباحث - وتسمى أحكام التقنين المدني السابق على الشركات المدنية التى أسست قبل يوم ١٥
أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

مدنى ، فقد رأيناها تقول : « وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعاً لما تنفيذه الشركة من هذا العمل . فإذا قدم فوق عمله نقوداً أو أى شىء آخر ، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه » (١) .

الفرع الثالث

الشخصية المعنوية للشركة

١٩٤ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٥٠٦ من التقنين المدنى على

ما يأتى :

« ١ - تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً ، ولكن لا يحتاج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التى يقررها القانون » .

(١) وتقول المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وأخيراً ، الشريك الذى يساهم بعمله تقدر حصته تبعاً لأهمية هذا العمل ، ويعطى نصيباً من الأرباح والخسائر يعادله . فإذا كان قد ساهم بماله وعمله فى الوقت نفسه ، كان له نصيب يعادل ما قدم من مال ومن عمل . هذا هو الحل الذى أورده المشروع . . . وهو على هذا النحو يتفادى ما وجه من نقد إلى نصوص التقنينات الفرنسية والإيطالية والهولندية والمصرية ، التى تقضى بأن نصيب الشريك الذى يساهم بعمله يكون مساوياً لنصيب أقل الشركاء حصة . كذلك يقطع هذا الحكم ما ثار فى الفقه من نزاع فى حالة تقديم الشريك ، علاوة على عمله ، ماله أيضاً ، فبعض انتقهاء يرى وجوب تقدير كل من العمل والمال ، وبعضهم يكتفى بتقدير المال أما العمل فيعتبر مساوياً لأقل الحصص . أما المشروع فإنه يقطع فى هذا النزاع ، وبقرار وجوب تقدير كل من المال والعمل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٩) - وانظر أيضاً بودرى وقال ٢٣ فقرة ٢٥٩ مكررة - بلانيول وريبير وليبانير ١١ فقرة ١٠٤٧ - وقارن أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨١

٢ - ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها « (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، وكان القضاء فى عهد هذا التقنين منقسماً ، تارة يقرر للشركة المدنية الشخصية المعنوية ، وتارة ينكرها عليها (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« ١ . تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً قانونياً ، غير أن هذه الشخصية وما يترأ على عقد الشركة من تعديلات لا يحتج به على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات من النشر يكون من شأنها إحاطة الجمهور علماً بمقد الشركة وما أدخل عليه من تعديل ، سواء أكان النشر عن طريق القيد فى السجل التجارى ، أم كان باستيفاء أى إجراء آخر يقرره القانون . ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة ، جاز للغير أن يعتبر لها الشخصية القانونية ، وأن يتمسك قبلها بمقد الشركة وما لحقه من تعديل ، ٢ - يترتب أيضاً على عدم استيفاء إجراءات النشر المقررة عدم قبول ما ترفعه الشركة من دعاوى » . وفى لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٣٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٤ - ص ٣٠٧) .

(٢) ولكن القضاء المصرى ، فى عهد التقنين السابق ، قضى بعد تردد بأن الشركات المدنية تعتبر أشخاصاً معنوية : استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٣٠ - ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٨٥ - ٨ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٢٢ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢١٥ - ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٠ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ - جنح المنصورة الجزئية ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٢٣ ص ٣٨٤ - قارن استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٤ (بالنسبة إلى شركة مؤلفى الموسيقى وناشريها ، وقد تكون جمعية لا شركة) ، واستئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٥٩ ، واستئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٢٩ .

واستند القضاء المصرى فى إقرار الشخصية المعنوية للشركة إلى المواد ٤٢٩/٥٢٢ و ٤٤١/٥٤٣ و ٤٦١/٥٦٠ من التقنين المدنى السابق ، وتنص المادة الأخيرة على ما يأتى : « الدائنون للشركة مقدمون عند توزيع الثمن ودفعه على مدائنى أشخاص الشركاء » ، وهذا دليل على أن =

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٧٤ - ولا مقابل له في التقنين المدني الليبي - ويقابل في التقنين المدني العراقي م ٦٢٧ - ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١).

١٩٥ - الشركة المدنية : مجرد تكوينها نصيح شخصاً معنوياً : بسطنا

فما تقدم أركان الشركة ، فإذا توافرت هذه الأركان ، وانعقدت الشركة صحيحة ، كانت شخصاً معنوياً بمجرد تكوينها .

ولم تكن الشخصية المعنوية للشركة المدنية محل اتفاق في عهد التقنين المدني السابق ، إذ لم يرد في هذا التقنين نص صريح في هذا المعنى . وكان الأمر على هذا الخلاف في القانون المدني الفرنسي ، فبعض الفقهاء في فرنسا ينكر على الشركة المدنية الشخصية المعنوية (٢) . ولكن القضاء في فرنسا

= الشركة شخصية معنوية يتقدم بمقتضاها دائنو الشركة على الدائنين الشخصيين للشركاء . انظر في كل ذلك الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٤٣٥ - الأستاذ محمد كامل ملش في الشركات فقرة ٥٧ ص ٧١ - ص ٧٢ .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٧٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : لا مقابل . فالتقنين المدني الليبي غير صريح في إعطاء الشركة المدنية الشخصية المعنوية .

التقنين المدني العراقي م ٦٢٧ (تطابق المشروع التمهيدى لنص المادة ٦٩٠ من التقنين المدني المصري ، والأحكام متفقة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل . ويبدو أن التقنين اللبناني لا يعطى الشركة المدنية الشخصية المعنوية ، فقد ورد في الفقرة الثالثة من المادة ٨٥٣ من هذا التقنين ما يأتي : « ويكون رأس مال الشركة مدكاً مشتركاً بين الشركاء ، لكل منهم حصة شائعة فيه على نسبة ما قدمه من رأس المال » ، وورد في المادة ٨٥٦ : « كل شريك مديون لساير الشركاء بجميع ما وعد بتقديمه للشركة » .

(٢) بون ١ فقرة ١٢٦ - أوبرى ورو الطبعة الخامسة ٦ فقرة ٣٧٧ ص ٩٠ - ص ١١ - ديمولوب ٩ فقرة ٤١٥ - لوران ٢٦ فقرة ١٨٩ - ليون كان ورينو ٢ فقرة ١٠٥ وفقرة ١٤٠ - جيوار فقرة ٢٤ وما بعدها - بودرى وفال ٢٣ فقرة ١١ .

أقر الشخصية المعنوية للشركة المدنية^(١) ، مستنداً إلى نصوص في التقنين المدني الفرنسي تقيم الروابط مباشرة بين الشركة والشركاء لا بين الشركاء بعضهم ببعض^(٢) ، وكذلك إلى المادة ١٨٦٠ مدني فرنسي وهي تحرم على الشريك إذا لم يكن مديراً للشركة أن يتصرف في أموالها . وقد أذعن الفقه الفرنسي في النهاية للقضاء ، وأصبح اليوم مسلماً بوجه عام في القانون الفرنسي أن الشركة المدنية تتمتع بالشخصية المعنوية^(٣) .

أما في التقنين المدني المصري الجديد فليس هناك أي شك في الشخصية المعنوية للشركة المدنية ، إذ أن الفقرة الأولى من المادة ٥٠٦ السالفة الذكر تنص صراحة على أن « تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً »^(٤) .

١٩٦ - النتائج التي تترتب على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة المدنية :

ويترتب على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة المدنية نتائج هامة هي التي تترتب على الشخصية المعنوية بوجه عام . وقد نصت المادة ٥٣ مدني في

(١) نقض فرنسي ٢٣ فبراير سنة ١٨٩١ دالوز ١٨٩١ - ١ - ٣٣٧ - ٢ مارس سنة ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣ - ١ - ١٦٩ - ٢ يناير سنة ١٨٩٤ دالوز ١٨٩٤ - ١ - ٤٨٣ - ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٨ دالوز ١٨٩٩ - ١ - ٥٩٣ .

(٢) بوجه خاص المواد ١٨٤٥ و ١٨٤٨ و ١٨٥٠ و ١٨٥٢ و ١٨٥٥ و ١٨٥٩ ، و ١٨٦٧ .

(٣) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠١٧ - فقرة ١٠١٧ مكررة - أوبري ورو وإسمان الطبعة السادسة ٦ فقرة ٣٧٧ ص ١٩ وما بعدها - بيدان ١٢ فقرة ٤٣٣ - فورينييه فقرة ١٠ .

(٤) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٥ - وقد ورد في المادة ٥٢ من التقنين المدني الجديد ما يأتي : « الأشخاص الاعتبارية هي : . . . (٤) الشركات التجارية والمدنية . . . » وهذا النص يؤكد نص المادة ٥٠٦ مدني السالف الذكر . كذلك قرر التقنين المدني الجديد الشخصية المعنوية للجمعيات والمنظمات (انظر م ٥٢ (٥) مدني) .

هذا الصدد على ما يأتي : « ١ - الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية ، وذلك في الحدود التي قررها القانون . ٢ - فيكون له : (أ) ذمة مالية مستقلة . (ب) أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون . (ج) حق التقاضي . (د) موطن مستقل . ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته . والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها ، بالنسبة إلى القانون الداخلي ، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية . ٣ - ويكون له نائب يعبر عن إرادته » .

فالشركة المدنية يكون لها نائب يعبر عن إرادتها ، وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام في إدارة الشركة . وهي فوق ذلك لها : (١) ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للشركاء (٢) أهلية في كسب الحقوق واستعمالها (٣) حق التقاضي (٤) موطن خاص وجنسية معينة . فنستعرض هذه النتائج الأربع .

١٩٧ - للشركة المدنية ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للشركاء :

لا يعتبر المال المملوك للشركة - رأس المال ونماؤه - ملكاً شائعاً بين الشركاء ، بل هو ملك للشركة ذاتها إذ هي شخص معنوي كما قدمنا . ويرتب على ذلك النتائج الآتية :

١ - يجب تمييز حصة الشريك في الشركة عن مال الشركة ، فقد يكون مال الشركة عقاراً ومنقولاً ، أما حصة الشريك فهي دائماً منقول (١) .

(١) والشريك لا يملك في الشيوع مال الشركة مادامت الشركة قائمة ، فإذا انحلت كان مالها في الشيوع ويستند أثر القسمة إلى وقت انحلال الشركة . أما لو كانت الشركة ليست لها شخصية معنوية ، فإن الشريك يعتبر مالكا في الشيوع لمال الشركة من وقت تكوينها ، فإذا انحلت وقسم المال استند أثر القسمة إلى وقت تكوين الشركة لا إلى وقت انحلالها (بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٤) . ولا يقف التقادم لمصلحة الشركة حتى لو كان بين الشركاء قاصر لأولى له ، لأن التقادم يسرى ضد الشركة وهي شخص معنوي لا ضد الشريك القاصر (الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٤٢٢) .

ولدائى الشركة الشخصيين حقوق على هذه الحصة^(١) ، ولكن ليست لهم حقوق مباشرة على مال الشركة ، فلا يجوز لهم أخذ اختصاص أو رهن على مال الشركة ولا الحجز على هذا المال^(٢) . ولا يجوز للشريك غير المنتدب للإدارة تنصرف فى مال الشركة .

٢ - لدائى الشركة حق مباشر على مال الشركة ، فهم يستوفون حقوقهم من هذا المال دون أن يزاحمهم فيه الدائنون الشخصيون للشركاء^(٣) وإذا اشترط شريك أن يسترد حصته عيناً بعد حل الشركة ، فلا يحتج بهذا الشرط على دائى الشركة ، وهؤلاء أن يستوفوا ديونهم من حصة هذا الشريك حتى لو كانت هناك أموال أخرى غير هذه الحصة تبقى بديونهم^(٤) .

٣ - لا تقع المقاصة بين دين شخصى على الشريك ودين للشركة . فإذا كان دائن شخصى للشريك مديناً للشركة ، لم يستطع أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى له على الشريك والدين الذى عليه للشركة ، ذلك لأنه دائن

(١) كانت حصة الشريك تعتبر مالا معنوياً ، ولكن القضاء الفرنسى انتهى إلى اعتبارها حق دائنية (droit de créance) للشريك على الشركة (بلانيول وريبير وليبارفيير ١١ فقرة ١٠١٩) .

(٢) استئناف مخطط ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧٨ . ولكن يجوز لدائى الشريك الحجز على نصيبه فى الأرباح تحت يد الشركة ، وإذا كانت حصة أحد الشركاء عقاراً مثقلاً برهن ، بقى العقار مثقلاً بالرهن حتى بعد انتقال ملكيته إلى الشركة ، وإذا أفلس أحد الشركاء أو أعسر انحلت الشركة فجاز لدائى هذا الشريك التنفيذ على حصته بعد انحلال الشركة . ويجوز لدائن الشريكة أن يطعن فى عقد الشركة بالدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها ، وكان الشريك قد أدخل حصته فى الشركة إضراراً بدائنيه . انظر فى كل ذلك بلانيول وريبير وليبارفيير ١١ فقرة ١٠١٨ .

(٣) وهذا لا يمنع من أن لدائى الشركة حق الرجوع على الشركاء فى أموالهم الخاصة إذا لم مكف مال الشركة لوفاء حقوقهم : انظر م ٥٢٣ مدنى وسيأتى بيانها .

(٤) استئناف مخطط ٢ يوفيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢١ .

لشريك ومدين للشركة فهو دائن لشخص ومدين لشخص آخر^(١) .
وكذلك مدين الشريك لا يستطيع التمسك بالمقاصة في دين له على الشركة .

٤ - يجوز للشركة أن تكون هي ذاتها شريكاً في شركة أخرى ، دون أن يكون الشركاء في الشركة الأولى شركاء في الشركة الأخرى .

١٩٨ - أهلية الشركة المدنية في كسب الحقوق واستعمالها : تستطيع

الشركة المدنية أن تكسب الحقوق وأن تستعملها باعتبارها شخصاً معنوياً ، وذلك في الحدود التي يعينها عقد تأسيس الشركة . فلها أهلية الوجوب وأهلية الأداء ، شأن كل شخص معنوي . فستطيع أن تملك بعوض أو بغير عوض ، وأن تتصرف في أموالها طبقاً للنظم المقررة في عقد تأسيسها ، وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام في إدارة الشركة .

ولا فرق في ذلك بين المعاولات والتبرعات ، فكما تستطيع الشركة المدنية أن تشتري مالا من غيرها وأن تباع مالا إلى غيرها ، تستطيع كذلك في حدود نظمها المقررة أن تهب مالا لغيرها وأن تهب مالا من

(١) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٠ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١١٧٥ - استئناف مخطط ١٣ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٥ . وقد قضت محكمة النقض بأن المقاصة القانونية لا تجوز فيما لمدين شركة قبل أحد الشركاء المساهمين (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٩ ص ١١٦٧) . والضريبة المستحقة على الأرباح التي تخص كل شريك لا تلزم الشركة ، والشريك وحده هو المسئول عنها (نقض قسطنطين ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥٣ ص ٤٦١) . ولا تقع المقاصة بين دين في ذمة شريك لشريك آخر وحق للشريك المدين في ذمة الشركة (استئناف مخطط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٣) . ولكن يجوز لمدين الشركة أن يطلب الحكم بإبطالها إذا كانت مصلحته في هذا الطلب ، ويكون هذا في حالة المقاصة بين دينه ودين له على أحد الشركاء ، ولا تقع المقاصة الختامية إلا إذا زالت شخصية الشركة بالإعلان وبذلك تزول العقبة وتقع المقاصة (أسبوط الكلية أول مارس سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١١٦) .

غيرها^(١) . وقد ذهب رأى في فرنسا^(٢) إلى أن الشركة المدنية ليست أهلاً لقبول التبرعات لأن هذا التصرف يخرج عن دائرة نشاطها ، ولكن هذا الرأى لم يتغلب ، والرأى الغالب هو جواز قبول الشركة للتبرعات فقد يعينها ذلك على نشاطها إلى حد كبير^(٣) .

ولم ينص التشريع على قيود بالنسبة إلى الشركات كما كان ينص على هذه القيود بالنسبة إلى الجمعيات . فقد كانت المادة ٥٧ مدنى تنص على أنه ١ - لا يجوز أن يكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات ، إلا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله . ٢ - ولا يسرى هذا الحكم على الجمعيات التى لا يقصد منها غير تحقيق غرض خيرى أو تعليمى ، أو لا يراد بها إلا القيام ببحوث علمية . وكانت الفقرة الثانية من المادة ٧٩ مدنى تقضى بأنه يجوز أن ينص فى مرسوم اعتبار الجمعية هيئة تقوم بمصلحة عامة على استثناء الجمعية من قيود الأهلية المنصوص عليها فى المادة ٥٧ مدنى . فهذه النصوص كلها كانت قد وردت فى خصوص الجمعيات ، أما الشركات المدنية فلا قيود عليها فى تملك المنقولات والعقارات بعوض أو بغير عوض ، فيما عدا القيود التى تفرضها عليها نظمها المقررة^(٤) .

١٩٩ - من التفاضى : وللشركة المدنية حق التفاضى باعتبارها شخصاً معنوياً . فترفع الدعاوى على الغير أو على الشركاء ، كما ترفع عليها

(١) ولا تنفيد فى ذلك إلا بمبدأ التخصص (principe de la spécialité) المقرر بالنسبة إلى كل شخص معنوى (جوران ٢ فقرة ١٣٢٦) .

(٢) لاييه : جورنال دى باليه ١٨٨١ - ١٢٣٣ .

(٣) تالير وبرسيرو فقرة ٣٠٢ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٢ .

(٤) انظر فى عدم المسئولية الجنائية محكمة جنح الإسكندرية المختلطة ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م

الدعوى من الغير أو من الشركاء^(١) . ويمثلها في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها نائبها ، وذلك دون حاجة إلى إدخال الشركاء كلهم أو بعضهم في الدعوى ، إذ أن شخصيتها متميزة عن شخصية الشركاء فيها^(٢) . وترفع الدعوى عليها في المحكمة التي يوجد بدائرتها موطنها ، وسنرى الآن أن للشركة المدنية موطناً وجنسية .

٢٠٠ - موطن الشركة وجنسيتها : وللشركة المدنية ، ككل شخص

معنوى ، موطن (domicile) هو المكان الذي يوجد فيه مقرها الرئيسى أو مركز إدارتها ، ويسمى عادة بمقر الشركة (siège social) . وفي المحكمة التي يوجد في دائرتها هذا الموطن تقاضى الشركة كما قدمنا ، لا في

(١) وهذا لا يمنع من أن يقاضى الشركاء بعضهم بعضاً ، ومن أن أغلبية الشركاء تقيد الأقلية في قراراتها . وليس للشخصية المعنوية دخل في ذلك ، بل هذا يرجع إلى عقد تأسيس الشركة فاته (أوبري وروواسمان ٦ فقرة ٢٧٧ ص ٢١) .

(٢) نقض مدني ٥ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٢ ص ٦٠٠ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٦ ص ٥٩٣ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان موضعاً بعريضة الاستئناف المرفوع من شركة اسم هذه الشركة ومركز إدارتها ، فإن ذلك كاف لصحة عريضة الاستئناف ، ولا مخالفة فيه لنص المادة ١٠/٢ مرافعات ، ويكون الحكم قد أخطأ في القانون إذ قضى بطلان صحيفة الاستئناف استناداً إلى أنه ينقصها اسم من يمثل الشركة المستأنفة (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٦ ص ٣٥٦) . وكذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين من مطالعة أوراق الطعن أن الطاعن كان ماثلاً في الدعويين الابتدائية والاستئنافية باعتباره ممثلاً للشركة وأنه أصدر توكيل الطعن إلى محاميه وأشار في تقرير طعنه إلى موضوع النزاع مما يكشف عن قصده الطعن في الحكم المطعون فيه والصادر عليه بصفته المذكورة ويجعل هذا البيان كافياً لتحقيق الغرض الذي قصده الشارع ، فإنه لا يكون ثمة محل للدفع بعدم قبول الطعن شكلاً لرفعه من غير ذي صفة باعتبار أن الطعن مرفوع من الطاعن بصفته مديراً للشركة لا بصفته ممثلاً لها (نقض مدني ١٩ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٢ ص ٥٧٩) . انظر أيضاً استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٦ . فإذا انحلت الشركة بطل تمثيلها ، ووجب استئناف إجراءات التقاضى ضد المصق (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٦٥) .

الدعاوى التى ترفع عليها من الغير فحسب ، بل أيضاً فى الدعاوى التى ترفعها هى على أحد الشركاء وفى الدعاوى التى يرفعها شريك على شريك آخر . وقد نصت المادة ٥٨ من تقنين المرافعات فى هذا الصدد على ما يأتى : « فى الدعاوى المتعلقة بالشركات أو الجمعيات القائمة أو التى فى دور التصفية أو المؤسسات يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها مركز إدارتها ، سواء أكانت الدعوى على الشركة أم الجمعية أم المؤسسة أم من الشركة أم الجمعية على أحد الشركاء أو الأعضاء أو من شريك أو عضو على آخر . ويجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة ، وذلك فى المسائل المتعلقة بهذا النوع » . وإذا أعلنت الشركة تسلم صورة الإعلان بمركز إدارتها للنائب عنها بمقتضى عقد إنشائها أو نظامها (م ١٤ مرافعات)^(١) .

والشركة المدنية جنسية لا ترتبط بجنسية الشركاء^(٢) ، وتكون جنسيتها عادة هى جنسية الدولة التى اتخذت فيها مركز إدارتها الرئيسى . فالشركات المدنية التى أسست فى الخارج واتخذت مركز إدارتها فى إقليم دولة أجنبية تعتبر شركات أجنبية ، ويسرى على نظامها القانونى قانون الدولة التى تنتمى إليها بجنسيتها . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١١ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليها قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى . ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر ، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى » .

(١) نفى مدنى ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النفى ٤ رقم ١٠٠ ص ٦٠ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ١٩ .

٢٠١ - الامتياز بالتمثيل المعنوي على الغير - وجوب استيفاء

إجراءات النشر : وكل ما قدمناه من نتائج تترتب على الشخصية المعنوية للشركة المدنية يسرى في علاقة الشركة بالشركاء وبالغير ممن يتعامل معها وبدائنها . إذا كان الغير أو الدائنون هم الذين يحتجون على الشركة بشخصيتها المعنوية ، كما إذا كان من يتعامل مع الشركة يحتج عليها بالعقد الذي أبرمه معها باعتبارها شخصاً معنوياً . وكما إذا كان دائن الشركة ينفذ على أموالها فلا يزاحمه الدائنون الشخصيون للشركاء باعتبار أن الشركة شخص معنوي متميز في ماله عن الشركاء . ولا تستطيع الشركة في جميع هذه الأحوال أن تحتج على الشركاء أو على الغير أو على الدائنين بأنها لم تستوف إجراءات النشر المقررة ، إذ هي تعتبر شخصاً معنوياً بمجرد تكوينها دون حاجة إلى استيفاء أى إجراء للنشر كما سبق القول . وكذلك الحال إذا احتجت الشركة بشخصيتها المعنوية على الشركاء ، فإنها تستطيع ذلك دون حاجة لاستيفاء إجراءات النشر ، إذ الشركاء هم المكلفون بالقيام بهذه الإجراءات ، فإذا أهملوا لم يحز لهم أن يفيدوا من إهمالهم .

أما إذا أرادت الشركة أن تحتج بشخصيتها المعنوية على الغير ممن يتعامل معها أو على الدائنين لها ، كأن ترفع عليهم دعاوى باعتبارها شخصاً معنوياً ، جاز لهؤلاء جميعاً أن يتجاهلوا أن للشركة شخصية معنوية إلى أن تستوفى إجراءات النشر فيدفعوا بعدم قبول الدعوى المرفوعة منها ، ويجب في هذه الحالة أن يرفع الدعوى جميع الشركاء ويكون مال الشركة مالا شائعاً بين الشركاء . ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٥٠٦ مدني تقول كما رأينا : « تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقررها القانون » . فالنص يفترض أن قانوناً يصدر ينظم إجراءات النشر يجب على

الشركات المدنية استيفاؤها حتى تستطيع أن تحتج بشخصيتها المعنوية على الغير . وقد كان المشروع التمهيدى للنص يحيز لاستيفاء إجراءات النشر هذه القيد فى السجل التجارى^(١) ، ولكن النص عدل فى لجنة المراجعة^(٢) ، فأصبح من الواجب تنظيم إجراءات للنشر خاصة بالشركات المدنية تنظيمًا تشريعيًا . ولما كان هذا القانون الذى ينظم إجراءات النشر للشركات المدنية لم يصدر حتى الآن ، فلا سبيل لهذه الشركات أن تستوفى إجراءات النشر اللازمة ، ومن ثم لا نستطيع أن تحتج بشخصيتها المعنوية على الغير ، ولا بد من انتظار صدور هذا القانون حتى يتم تنظيم الشخصية المعنوية

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « على أنه لما كان قيام الشركة بهم الغير العلم به كما يسه أيضاً العلم بما قد يطرأ على عقد الشركة من تعديلات تمس مصالحه ، كتعديل مدة الشركة أو اسمها التجارى أو مركزها أو هيئة الإدارة فيها ، وجب استيفاء إجراءات النشر وفقاً للأشكال والمواعيد التى يحددها قانون السجل التجارى أو نص قانون آخر ، ويكون من شأنها إحاطة الجمهور علماً بعقد الشركة وما أدخل عليه من تعديل . أما عن جزاء عدم القيام بهذه الإجراءات ، فلم يقرر المشروع بطلاناً من نوع خاص فى هذه الحالة ، وإنما قرر وفقاً للقواعد العامة عدم إمكان الاحتجاج على الغير بعقد الشركة وما يدخل عليه من تعديلات . على أنه لما كان المقصود هو حماية الغير ، وجب أن يترك له وحده تقدير ما إذا كانت مصلحته أن يحتج بعدم استيفاء إجراءات النشر لأن له فائدة فى ذلك ، أم يتمسك بالشخصية القانونية للشركة ويحتج قبلها بالعقد وما خلفه من تعديل : م ١٢ من قانون الشركات البلجيكي . وأخيراً ، لإجبار الشركاء على استيفاء إجراءات النشر ، اقتبس المشروع فى الفقرة الثانية (وقد ألغيت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة : انظر آنفاً فقرة ١٩٤ فى الهامش) وسيلة قررها قانون الشركات البلجيكي (م ١١) وجاءت بأحسن النتائج من الناحية العملية ، تلك هى عدم قبول ما ترفعه الشركة من دعاوى إلا إذا أثبتت أن إجراءات النشر قد تمت ، ويكفى لذلك أن يذكر فى إعلان الدعوى رقم قيدها فى السجل التجارى . ولكل شخص رفعت ضده الدعوى أن يدفع بعدم قبولها لأن إجراءات النشر لم تتم ، ويترتب على ذلك إيقاف الدعوى وعدم جواز السير فيها من جديد إلا بعد أن تثبت الشركة قيامها بإجراءات النشر . تلك هى الوسائل التى قررها المشروع لضمان نشر الشركات ، وهى تعد ضمانات لها أهمية أساسية من الناحية الاقتصادية والمالية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٤ فى الهامش .

للشركات المدنية . غير أنه مما يخفف من عيوب هذا النقص أن الفقرة الثانية من المادة ٥٠٦ مدني تنص كما رأينا على ما يأتي : « ومع ذلك للغير إذا لم تتم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها » . فجاز إذن أن يترتب على الشخصية المعنوية للشركة المدنية ، دون أن تستوفي إجراءات النشر ، جميع النتائج في أكثر الأحوال العملية التي تتعامل فيها الشركة ، على النحو الذي سبق بيانه .

وقد رأينا فيما قدمناه^(١) أنه لا يجوز للشركة أن تحتج على الغير ببطلانها لخلل في الشكل ، كأن تنعقد بغير ورقة مكتوبة . ونرى من ذلك أن الشركة الباطلة شكلا والتي لم تستوف إجراءات النشر لا تستطيع أن تحتج على الغير لا ببطلانها ولا بعدم استيفائها لإجراءات النشر ، بل يجوز للغير أن يعتبرها شركة واقعية ذات شخصية معنوية وأن يترتب على ذلك جميع النتائج التي تترتب على الشخصية المعنوية على النحو الذي قدمناه .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٧٧ .

الفصل الثاني

أحكام الشركة

٢٠٢ - إدارة الشركة وأثر الشركة بالنسبة إلى الشركاء : متى انعقدت

الشركة المدنية صحيحة وكسبت شخصيتها المعنوية على النحو الذي قدمناه ،
وجب أن يترتب على عقد الشركة أحكامه . وتظهر هذه الأحكام :
(أولاً) في إدارة الشركة (ثانياً) في أثر الشركة بالنسبة إلى الشركاء .

الفرع الأول

إدارة الشركة

٢٠٣ - مآلاته - تعيين من يدير الشركة أو هدم التمييز :

قد يعين الشركاء بالاتفاق فيما بينهم من يدير الشركة ، وقد يسكتون عن ذلك . فنستعرض كلا من الحالتين .

المبحث الأول

تعيين من يدير الشركة

٢٠٤ - كيف يكون التمييز : قد يكون تعيين من يدير الشركة

منصوصاً عليه في عقد تأسيس الشركة ذاته باتفاق الشركاء جميعاً ، فيقع الاختيار على شريك أو أكثر يندبون للإدارة أو على أجنبي غير شريك (gérant statutaire) . وقد يأتي تعيين من يدير الشركة بعد ذلك باتفاق لاحق لعقد تأسيس الشركة ، فيتفق الشركاء جميعاً على شريك أو أجنبي ،

واحد أو أكثر ، لإدارة الشركة (gérant mandataire)^(١) . ويكون المدير أو المديرون بأجر أو بغير أجر .

٢٠٥ - **مواز عزل من يربر الشركة - نص قانوني :** وقد نصت المادة ٥١٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة أن يقوم ، بالرغم من معارضة سائر الشركاء ، بأعمال الإدارة وبالتصرفات التي تدخل في غرض الشركة ، متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش . ولا يجوز عزل هذا الشريك من الإدارة دون مسوع ، ما دامت الشركة باقية » .

« ٢ - وإذا كان انتداب الشريك للإدارة لاحقاً لعقد الشركة ، جاز الرجوع فيه كما يجوز في التوكيل العادي » .

« ٣ - أما المديرون من غير الشركاء فهم دائماً قابلون للعزل »^(٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما عن طريقة تعيين المدير ، فهو إما أن يعين بنص خاص في عقد الشركة ، وإما أن يتم تعيينه باتفاق لاحق للعقد . والشرط اللازم في الحالتين هو رضا جميع الشركاء . لأن التعيين بالنسبة للمدير المعين بالعقد هو جزء من الاتفاق ، ويجب رضا جميع الشركاء به ، وكذلك بالنسبة للمدير المعين باتفاق لاحق لابد من إجماع الشركاء عليه ، لأن الاتفاق الجديد يتضمن خروجاً على العقد الأول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٣٣٧ - ص ٣٣٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع نص التقنين المدنى الجديد . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٥٤٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٣٣٧ ، وص ٣٣٩ - ص ٤٢٠) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٥٣١/٤٣٥ و ٤٣٦/٥٣٢ و ٥٣٢ و ٥٣٣/٤٣٧ - ٥٣٤ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥١٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٣٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٨٣ - ٨٨٥ وم ٨٩١ - ٨٩٢ (٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٥٣١/٤٣٥ : يجوز للشركاء أن يعينوا مديراً للشركة ، واحداً أو أكثر .

م ٥٣٢/٤٣٦ : والمديرون الذين ليسوا شركاء يجوز دائماً عزلهم .
م ٥٣٣/٤٣٧ - ٥٣٤ : والمديرون الشركاء يجوز عزلهم إذا لم يعينوا للإدارة في عقد الشركة ، ومع ذلك فالمديرون الشركاء المعينون للإدارة في العقد يجوز عزلهم أيضاً لأسباب قوية أو إذا كانت الشركة شركة مساهمة .
(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٨٤ (مطابق) .
التقنين المدني الليبي م ٥١٠ : ١ - لا يجوز دون سبب معقول عزل الشريك المنتدب للإدارة في عقد الشركة . ٢ - أما إذا كان انتداب الشريك للإدارة بموجب إجراء لاحق ، فالانتداب خاضع للفسخ حسب أحكام الوكالة . ٣ - ويجوز لكل شريك أن يطلب إلى القضاء العزل ، إذا تبين سبب معقول .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدني المصري . ولم ينص التقنين الليبي على جواز عزل الأجنبي المنتدب للإدارة كالوكيل العادي ، ولكن هذا حكم يتفق مع القواعد العامة) .
التقنين المدني العراقي م ٦٣٦ (موافق - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١١١ وما بعدها) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٨٣ : يجوز أن يعهد في الإدارة إلى مدير أو عدة مديرين وأن يعينوا من غير أعضاء الشركة . غير أنه لا يجوز تعيينهم إلا بالغالبية التي يوجبها عقد الشركة لقراراتها .

م ٨٨٤ : يجوز للشريك الذي عهد إليه في إدارة الشركة بمقتضى العقد أن يقوم ، على الرغم من معارضة بقية الشركاء ، بجميع الأعمال الإدارية حتى أعمال التصرف الداخلة في موضوع الشركة ، وفقاً لما نص عليه في المادة ٨٨٧ ، بشرط ألا يكون ثمة غش وأن تراعى القيود الموضحة في العقد الذي منح السلطة بمقتضاها .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن مدير الشركة إذا كان أجنبياً يجوز عزله كما يجوز عزل الوكيل ، لأنه لا يعدو أن يكون وكيلاً عن الشركة ، وذلك سواء كان التعيين منصوباً عليه في عقد تأسيس الشركة أو حاصلًا باتفاق لاحق . أما إذا كان المدير شريكاً ، فإن كان معيناً في اتفاق لاحق لعقد تأسيس الشركة ، فكذلك يجوز عزله كما يجوز عزل الوكيل . وإن كان معيناً في عقد تأسيس الشركة ، لم يجوز عزله إلا إذا كان هناك مسوغ للعزل من خيانة أو سوء إدارة أو عجز أو تقصير كبير^(١) . ذلك أن تعيينه

م ٨٨٥ : إن المدير الذي يعين من غير الشركاء تكون له الحقوق المعطاة للوكيل بمقتضى المادة ٧٧٧ ، ما لم يكن هناك نص مخالف .

م ٨٩١ : لا يجوز عزل المديرين المعيّنين بمقتضى عقد الشركة إلا لأسباب مشروعة وبقرار يتخذ باتفاق جميع الشركاء . غير أنه يجوز أن يمنح عقد الشركة هذا الحق للغالبية أو ينص على أن المديرين المعيّنين بمقتضى العقد يمكن عزلهم كما يعزل الوكيل . ويعد من الأسباب المشروعة سوء الإدارة ، وقيام خلاف شديد بين المديرين ، وارتكاب واحد أو جملة منهم مخالفة هامة لموجبات وظيفتهم ، واستحالة قيامهم بها . ولا يجوز من جهة أخرى للمديرين المعيّنين بمقتضى عقد الشركة أن يعدلوا عن وظائفهم لتغير مانع مقبول شرعاً ، وإلا كانوا ملزمين ببدل المثل والضرر للشركاء . أما إذا كان عزل المديرين منوطاً بمشيئة الشركاء ، فيمكنهم أن يعدلوا عن وظائفهم على الشروط الموضوعية للوكيل .

م ٨٩٢ : إن المديرين الشركاء إذا لم يعينوا بمقتضى عقد الشركة ، كانوا قابلين للعزل كالوكلاء ، غير أنه لا يمكن تقرير عزلهم إلا بالغالبية اللازمة للتعيين . ويحق لهم من جهة أخرى أن يعدلوا عن القيام بوظائفهم على الشروط الموضوعية للوكلاء . وتطبق أحكام هذه المادة على المديرين غير الشركاء .

م ٨٩٣ : إذا لم يقرر شيء فيما يختص بإدارة أعمال الشركة . عدت شركة محدودة . (وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وينص تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٨٩٤/٣) على ما يأتي : « ويعد من الأسباب المشروعة سوء الإدارة ، وقيام خلاف شديد بين المديرين ، وارتكاب واحد أو جملة منهم مخالفة هامة لموجبات وظيفتهم ، واستحالة قيامهم بها » (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) . وإذا كان الشريك متدبئاً للإدارة في عقد تأسيس الشركة ، فلم يجوز عزله إلا لمسوغ ، كذلك =

في عقد تأسيس الشركة يجعل هذا التعيين جزءاً من نظامها له نفس الثبات والاستقرار (١) .

ولست هذه الأحكام من النظام العام ، فيجوز الاتفاق بين الشركاء على أن يكون الشريك المعين مديراً في عقد تأسيس الشركة جائز العزل كالوكيل العادي ، كما يجوز الاتفاق على أن يكون الشريك المعين مديراً باتفاق لاحق ، أو الأجنبي المعين مديراً في عقد تأسيس الشركة أو باتفاق لاحق ، غير جائز العزل كالوكيل العادي ، بل يجب لعزله أن يكون هناك مسوغ للعزل على النحو الذي قدمناه .

أما عزل الشريك المنتدب للإدارة في عقد تأسيس الشركة لمسوغ من مسوغات العزل ، فيجوز أن ينفرد بطلبه أحد الشركاء فيرفع الأمر إلى القضاء ليقرر هل هناك مسوغ كافٍ للعزل . وإذا عزل الشريك المنتدب

= لا يجوز له هو أيضاً أن يتنحى عن الإدارة إلا لمسوغ . أما من يجوز عزله كالوكيل من المديرين - الأجنبي والشريك المعين باتفاق لاحق - فيجوز لهم التنحى عن الإدارة كالوكيل (انظر في هذا المعنى المادتين ٨٩١-٨٩٢ من تقنين الموجبات والعقود المبنات آتياً في نفس الفقرة في الهامش - بودري وفال ٢٣ فقرة ٢٩٨ - بلانيول وريير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٣ ص ٣٠٠) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما الشريك الذي يعين مديراً بالمعنى ، فلا يجوز عزله إلا لسبب مشروع يبرر فسخ الاتفاق على التعيين ، كالاختلال بالالتزامات أو أعمال الخيانة أو عدم المقدرة على العمل ، لأن الاتفاق على تعيين المدير هو جزء من عقد الشركة يأخذ حكمه من حيث الإلزام . فإن كان المدير المعين من غير الشركاء جاز عزله دائماً ، لأن علاقة هذا المدير بالشركاء لم تخرج عن كونها وكالة يجوز الرجوع فيها طبقاً للقواعد العامة ، ولذلك تقرر الفقرة الثالثة جواز عزل المديرين من غير الشركاء دائماً ، وهو نفس الحكم الوارد بالمادة ٤٣٦/٥٢٢ من التقنين الحالي (السابق) . وعلى هذا النحو يضع المشروع حداً للزاع القائم في الفقه والقضاء . أما المدير العادي المعين باتفاق لاحق ، فهو وكيل عادي يجوز عزله بمحض الإرادة طبقاً للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٨) .

للإدارة في هذه الحالة ، بقيت الشركة قائمة بالرغم من عزله ، وللشركاء أن يتفقوا على تعيين مدير آخر ، أو توكل الإدارة إلى كل شريك على النحو الذي سنراه عندما لا يكون هناك اتفاق على تعيين من يدير الشركة^(١) .

وعزل الشريك المنتدب للإدارة باتفاق لاحق ، وكذلك عزل الأجنبي المنتدب للإدارة سواء في عقد تأسيس الشركة أو باتفاق لاحق ، لا حاجة فيه إلى رفع الأمر إلى القضاء ، بل يجوز للشركاء أنفسهم أن يقرروا العزل ولو لم يستندوا في ذلك إلى مسوغ كما سبق القول . ويتضمن نظام الشركة في العادة نصاً يبين هل يقع العزل باتفاق الشركاء جميعاً أو بقرار الأغلبية أو بطلب واحد منهم فقط . فإذا لم يتضمن نظام الشركة شيئاً في هذا المعنى فالظاهر أن القرار يصدر بالأغلبية العددية للشركاء (انظر م ١٨ مدني^(٢)) . وهناك من يذهب إلى أن القرار يجب أن يصدر بالإجماع^(٣) ، كما أن هناك من يذهب إلى أن واحداً من الشركاء فقط يكفي لإيقاع العزل لأن وكالة المنتدب للإدارة يجب أن تكون عن الجميع فإذا نقض

(١) بودري وقال ٢٣ فقرة ٢٩٧ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٢ ص ٥٠ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٣ ص ٢٠٠ - ريبير في القانون التجاري فقرة ٧٣٦ - قارن بون فقرة ٥٠٨ - فورنييه فقرة ٦٤ ص ٧٧ - جيوار فقرة ٥٣٤ - ليون كان وريبنو وأميو ٢ فقرة ٥٠٨ مكررة - الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٨٦ : .

(٢) انظر في هذا المعنى أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٣ هوامش ١ - ٥ ص ٥٠ - جيوار فقرة ١٣٥ - تاليروبرسيرو فقرة ٤٠٠ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١١٨٦ - هوبان وبوسفيه ١ فقرة ١٧٣ - بون فقرة ٥١١ - أنسيكلوبيدي دالوز ٥ لفظ *société civile* فقرة ٢٠٣ .

(٣) لوران ٢٦ فقرة ٣٠٦ .

أحد الشركاء للوكالة انتقضت بالنسبة إلى الجميع^(١) . وإذا عزل المنتدب للإدارة ، بقيت الشركة قائمة تدار على النحو الذي قلمناه في عزل الشريك المنتدب للإدارة في عقد تأسيس الشركة^(٢) .

٢٠٦ - سلطات من يدير الشركة : وإذا كان من يدير الشركة واحداً ، سواء كان شريكاً أو أجنبياً ، وسواء عين في عقد تأسيس الشركة أو باتفاق لاحق ، فإن له أن ينفرد بإدارة الشركة . ويتضمن نظام الشركة عادة نصوصاً تحدد سلطات من يدير الشركة ،

(١) ديرانتون فقرة ٤٣٤ - تروبلونج فقرة ٦٨٠ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ٢٩٦ - وانظر في الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة بلانيول وريبير ولبيارنيير ١١ فقرة ١٠٢٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٤٨٥ .

على أنه إذا كان هناك مبرر للعزل ، جاز لأحد الشركاء أن يطلب من القضاء عزل المدير ، والقضاء يفصل فيما إذا كان المبرر كافياً للحكم بالعزل - هذا والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تذهب إلى أنه لا يجوز عزل المدير حيث يكون قابلاً للعزل إلا بإجماع الشركاء أو على الأقل بموافقة الذين قاموا بالتعيين ، فتقول في هذا الصدد : « ويحدد عقد الشركة عادة من له الحق في عزل المدير ، فإذا سكت العقد وجب بالنسبة للمدير الشريك المعين بالعقد أن يقرر القاضي ، بناء على طلب واحد أو أكثر من الشركاء ، وجود سبب شرعى يبرر عزله . أما المدير من غير الشركاء المعين بالعقد وكذلك المدير العادى ، فيجوز عزلها بمجرد إرادة الشركاء دون حاجة لتدخل القضاء . إنما يلزم إجماع الشركاء ، أو على الأقل موافقة الذين قاموا بالتعيين . على أنه إذا كان هناك مبرر شرعى للعزل ، جاز لأحد الشركاء وحده أن يرفع دعوى قضائية بطلب العزل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٨) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولا يترتب حل عزل المدير انحلال الشركة ، وإلا التزم الشركاء بالاحتفاظ بمدير خائن أو غير كفء تفادياً لانحلال شركة فاجحة . ثم إن الأمر لا يمتدى بمجرد إنهاء الوكالة المعطاة للمدير ، فيكون للشركاء إذن إما إدارة الشركة بحجة طبقاً للقواعد العامة أو تعيين مدير جديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٨) .

فيجب التزام هذه النصوص ، وعلى من يدير الشركة ألاّ يجاوزها في أعمال إدارته^(١) .

أما إذا لم يتضمن نظام الشركة شيئاً في هذا الصدد ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١٦ مدني كما رأينا على أن للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة - ومثله الأجنبي وكذلك من يعين للإدارة باتفاق لاحق شريكاً كان أو أجنبياً^(٢) - « أن يقوم ، بالرغم من معارضة سائر الشركاء ، بأعمال الإدارة وبالتصرفات التي تدخل في غرض الشركة ، متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش » . فالمفروض إذن أن الشركاء ، عندما عينوا من يدير الشركة ، أنهم أعطوه السلطة الكافية لتحقيق أغراض الشركة ، من أعمال إدارة وأعمال تصرف^(٣) . فإذا كانت الشركة مثلاً شركة للنشر ، كان لمديرها أن يتعاقد مع المؤلفين وأن يقوم بالأعمال اللازمة لنشر المؤلفات من طبع وتوزيع ، وأن يقوم بالتصرفات

(١) فالقرار الصادر باتفاق عدد كبير من أعضاء طائفة رؤساء البوغاز بمنح أحد زملائهم الذي استقال معاشاً كاملاً ، مخالفين في ذلك قانون الطائفة ، لا ينفذ على الأعضاء الذين لم يشتركوا في إصداره (استئناف وطني أول أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٦٦ ص ١١٠) .

(٢) بودري وقال ٢٣ فقرة ٣٠١ - فورنييه فقرة ٦٧ ص ٧٨ .

(٣) ومتى وقع المدير بهذه الصفة على سند دين التزمت به الشركة (نقض مدني ٧ يولييه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٣ ص ١٣٥٧) . وإذا وقع الشريك المدير باسمه على تعهد من التعهدات دون بيان عنوان الشركة ، فإن ذلك لا يترتب عليه بمجرد إعفاء الشركة من الالتزام ، وإنما تقوم قرينة على أن الشريك المدير يتعامل في هذه الحالة لحسابه الخاص ، وهي قرينة تقبل إثبات العكس بطرق الإثبات كافة بما فيها القرائن نفسها (الحكم السابق) . وإذا لم يجاوز المدير حدود سلطته ولكنه أساء استعمالها لمصلحته الشخصية وكان الغير الذي تعامل معه حسن النية ، فإن عمل المدير يلزم الشركة (استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٠ - ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٨٨) . ولا يلزم العمل الشركة إذا كان الغير صبيّه النية (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٨) .

القانونية اللازمة لإنجاز هذه الأعمال . وإذا كانت الشركة لشراء العقارات وبيعها ، كان للمدير أن يشتري العقارات باسم الشركة وأن يبيعها باسمها ، ولكن لا يجوز للمدير أن يقوم بأعمال ليست لازمة لتحقيق أغراض الشركة ، فلا يجوز له أن يبيع عقاراً للشركة أو يرهنه أو يقترض ، إذا لم يكن هذا التصرف ضرورياً لتحقيق أغراض الشركة . كما لا يجوز له أن يهب أموال الشركة^(١) أو يتنازل عن ضمان أو يبرئ مديناً من الدين أو يعقد صلحاً أو تحكيمياً أو يغير مقر الشركة إلا باتفاق الشركاء جميعاً^(٢) ، ويدخل في أعمال الإدارة الموكولة إلى المدير أن يقبض حقوق الشركة ، وأن يشطب الرهون بعد قبض الحقوق المضمونة بها ، وأن يقاضي مديني الشركة ، وأن يقوم بالترميمات الضرورية في عقارات الشركة وبما يلزم لجعل هذه العقارات صالحة لأغراض الشركة دون أن يقوم بأعمال أو بناء فيها لا يكون ضرورياً لتحقيق هذه الأغراض^(٣) . ولا يجوز للمدير أن يفوض

(١) ولكن إعطاء الهدايا المألوفة ومنح المكافآت للموظفين والمال مما يقربه العرف جائز (بودرى وقال ٢٣ فقرة ٣٠٣) .

(٢) جيوار فقرة ١٢٤ مكررة - بودرى وقال ٢٣ فقرة ٣٠٤ - فورينيه فقرة ٦٧ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٥ .

(٣) بودرى وقال ٢٣ فقرة ٣٠٥ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٥ - وقد كان التفنين المذني السابق (م ٤٣٩/٥٣٦) ينص على أنه « ليس للمديرين ولو باتحاد آرائهم ولا للشركاء بأكثرية الآراء أيا كانت تلك الأكثرية . . أن يطلبوا مبالغ غير حصص رأس المال المنفق عليها في العقد ، ما لم يكن ذلك لدفع ديون على الشركة أو لأداء المصاريف اللازمة لحفظ أموالها » . وهذا النص يتفق مع القواعد العامة ، فيعمل به في عهد التفنين المذني الجديد . ومن ثم لا يجوز لمدير الشركة أن يطلب من الشركاء ما يزيد على حصصهم إلا باتفاقهم جميعاً ، أو في إحدى الحالتين الاستثنائيتين الآتيتين : (١) مداد ديون الشركة ، وذلك إذا لم يكف مال الشركة لوفاء هذه الديون ، وسرى أن كل شريك ملزم في هذه الحالة في ماله الخاص بنسبة حصته من المساهمة . (٢) لأداء المصروفات الضرورية لحفظ أموال الشركة (انظر الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٤٩٨) .

جميع سلطاته في الإدارة لوكيل عنه ، لأن الشركاء إنما عينوه هو مديراً .
ولكن يجوز له أن يوكل عنه واحداً أو أكثر في بعض أعمال الشركة ،
ويكون مسئولاً عن يوكله أمام الشركة (١) .

٢٠٧ - سلطات من يبررون الشركة إذا كانوا متعددين - فصوص

قانونية : تنص المادة ٥١٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا تعدد الشركاء المتدبون للإدارة دون أن يعين اختصاص
كل منهم ، ودون أن ينص على عدم جواز انفراد أى منهم بالإدارة ،
كان لكل منهم أن يقوم منفرداً بأى عمل من أعمال الإدارة ، على أن يكون
لكل من باقى الشركاء المتدبين أن يعترض على العمل قبل تمامه ، وعلى
أن يكون من حق أغلبية الشركاء المتدبين رفض هذا الاعتراض ، فإذا
تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعاً » .

« ٢ - أما إذا اتفق على أن تكون قرارات الشركاء المتدبين بالإجماع

(١) بودرى وقال ٢٣ فقرة ٣٠٧ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٦ -
هوبان وبوسفييه ١ فقرة ١٧٥ ص ٢١٧ وفترة ٢٥٨ ص ٣٠٥) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما فيما يتعلق بسلطات المدير ، إذا كان
العقد لم يحددها تحديداً كافياً ، أو لم تحدد في الاتفاق اللاحق الذى تم به التعيين ، فإنه يجب منطقياً
أن نعتبر الشركاء قد منحوا المدير السلطات اللازمة للوصول إلى الغرض المقصود وتحقيق غاية
الشركة . ولذلك يقرر النص أنه يجوز للشريك ، بالرغم من معارضة سائر الشركاء ، أن يقوم
بأعمال الإدارة . وبناء على ذلك يكون للمدير حتماً كل سلطات الإدارة التى يتطلبها نشاط الشركة .
لكن ، كما تقرر المادة ٤٣٩/٥٣٦ من التقنين الحالى (السابق) ، ليس للمديرين أن يفعلوا
شيئاً مخالفاً للغرض المقصود من الشركة . على أنه كبداً عام لا يستطيع المدير بدون رضا الشركاء
وعدم وجود شرط خاص في العقد ، أن يعقد صلحاً أو تحكيمياً ، أو يتنازل عن ضمان أو رهن
للشركة ، أو يبرئ مديناً من الدين ، أو يقبل رفع الرهن قبل الوفاء بالدين المضمون ، أو يقترض
باسم الشركة ، أو يرهن عقاراتها ، أو يبيع فيما عدا حالات البيع الداخلة في غرض الشركة »
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣٨ - ص ٣٣٦) .

أو بالأغلبية ، فلا يجوز الخروج على ذلك ، إلا أن يكون لأمر عاجل ترتب على تفويته خسارة جسيمة لا تستطيع الشركة تعويضها .

وتنص المادة ٥١٨ على ما يأتي :

« إذا وجب أن يصدر قرار بالأغلبية ، تعين الأخذ بالأغلبية العددية ما لم يتفق على غير ذلك » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٥١٧ : ورد هذا النص في المادة ٧٠٠ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة حور تحويراً لفظياً طفيفاً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٥٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٤١ - وص ٣٤٣ ص ٣٤٤) .

م ٥١٨ : ورد هذا النص في المادة ٧٠١ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة حور تحويراً لفظياً طفيفاً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٥٤٦ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥) .
وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق : م ٥٣٩/٥٣٦ : ليس للمديرين ولو باتحاد آرائهم ، ولا للشركاء بأكثرية الآراء أيًا كانت تلك الأكثرية ، أن يفعلوا شيئاً مخالفاً للقرض المقصود من الشركة ، ولا أن يطلبوا مبالغ غير حصص رأس المال المتفق عليها في العقد ، ما لم يكن ذلك لدفع ديون على الشركة أو لأداء المصاريف اللازمة لحفظ أموالها . ومع ذلك لا يجوز ، ولو في الحالة الأخيرة ، طلب مبالغ من الشركاء في شركة التوصية أو من أصحاب المهام في شركة المساهمة . (والحكم الوارد في النص يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد ، إذ لا يجوز عمل شيء مخالف للقرض المقصود من الشركة إلا بإجماع آراء الشركاء لأن هذا العمل يعدل من عقد تأسيس الشركة ذاته . ولم يرد في النص كيف يدير المديرون المتعدون الشركة ، ولكن ما ورد في نص التقنين المدني الجديد يتفق مع القواعد العامة) .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٨٥ - ٤٨٦ (مطابق)

التقنين المدني الليبي م ٥٠٩ : ١ - إذا تعدد الشركاء المنتدبون للإدارة ، فلا تتم أعمال الشركة إلا بموافقة جميع أولئك الشركاء ٢ - وإذا اشترط أن تكون إدارة أعمال معينة خاضعة =

= لموافقة الاكثرية، تكون هذه الأغلبية خاضعة للفقرة الأخيرة من المادة السابقة (أغلبية الحصص في الأرباح) . ٣ - وفي الحالات المنصوص عليها في هذه المادة لا يجوز للشركاء المتدينين للإدارة أن يأتوا أى عمل على انفراد إلا لضرورة الاستعجال اتقاء حدوث ضرر للشركة .

م ٥١١ : ١ - تنظم أحكام الوكالة حقوق القائمين بالإدارة وواجباتهم . ٢ - المتدبونه مسئولون بالتضامن قبل الشركة للوفاء بالواجبات التى يفرضها القانون وعقد الشركة . ٣ - ومع ذلك لا تشمل هذه المسئولية من يثبت خلوه من الخطأ .

م ٥٠٨/٣ : وتفضل في الاعتراض أكثرية الشركاء ، وتكون على أساس نسبة حصصهم في الأرباح .

(وتختلف أحكام التقنين الليبى عن أحكام التقنين المصرى فيما يأتى : (١) الأصل في التقنين الليبى أن قرار الشركة بإخضاع المديرين . (٢) يوجد في التقنين الليبى نص صريح على تضامن المديرين إذا ثبت خطأهم . (٣) الأغلبية في التقنين الليبى هى أغلبية الحصص في الأرباح لا الأغلبية العددية) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٣٧ - ٦٣٨ (موافق - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١١٦

وما بعدها) .

تقنين الموجبات والمقود اللبنانى م ٨٨٦ : إذا كان للشركة عدة مديرين فلا يجوز لواحد منهم ، ما لم يكن ثمة نص مخالف ، أن يعمل بدون معاونه الآخرين إلا في الأحوال التى تستوجب الاستعجال والتى يكون التأجيل فيها مدعاة لضرر هام على الشركة . وإذا قام خلاف وجب إتباع رأى الغالبية ، وإذا انقسمت الأصوات قسمين متساويين فالغلبة للمعارضين . أما إذا كان الخلاف مقصوراً على الطريقة التى يجب اتباعها فيرجع في هذا الشأن إلى ما يقرره جميع الشركاء . وإذا كانت فروع الإدارة موزعة بين المديرين ، فلكل واحد منهم أن يقوم بالأعمال الداخلة في إدارة فرعه ولا يحق له على الإطلاق أن يتجاوزها .

م ٨٨٧ : لا يجوز للمديرين وإن أجمعوا رأياً ، ولا للشركاء وإن قررت غالبيتهم ، أن يقوموا بغير الأعمال التى تدخل في موضوع الشركة بحسب ماهيتها والعرف التجارى . ويجب إخضاع الشركاء : أولاً - للتفرغ بالأموال عن الملك المشترك أو عن أحد أجزائه . ثانياً - لتعديل عقد الشركة أو للحيد عن مقتضاه . ثالثاً - للقيام بأعمال خارجة عن موضوع الشركة . وكل نص يجيز مقدماً للمديرين أو للغالبية اتخاذ قرارات من هذا النوع بدون استشارة الآخرين يكون لنفاً . وفي هذه الحالة يحق ، حتى للشركاء الذين ليسو مديرين ، أن يشتركوا في المناقشات . وإذا قام خلاف ، وجب إتباع رأى المعارضين .

م ٨٨٢ : إذا نص في عقد الشركة على أن قراراتها تتخذ بالغالبية ، وجب أن يفهم من هذا النص ، عند قيام الشك ، أن المراد غالبية العدد . وإذا انقسمت الأصوات قسمين متساويين =

ويخلص من هذه النصوص أنه إذا تعدد من يدير الشركة - سواء كانوا شركاء أو أجنب بالرغم من أن النص مقصور على الشركاء ولكن يقاس عليهم المديرون الأجانب - فيجب أن ينص نظام الشركة على تحديد اختصاص كل من هؤلاء المديرين ، كأن يوكل لأحدهم بالمبيعات والآخر بالمشتريات ولثالث بإدارة العمال ونحو ذلك^(١) . وفي هذه الحالة يجب أن يلتزم كل مدير اختصاصه الذي حدده له نظام الشركة ، ولا يجاوزه إلى اختصاص غيره من المديرين الآخرين . وعلى كل من المديرين أن يقوم بواجبه داخل الحدود الموضوعة له ، وهو الذي له وحده الحق في أن يعمل في هذه الدائرة بدون أية معارضة من جانب بقية المديرين . وإذا عمل أحد المديرين خارج الحدود الموضوعة له ، كان تصرفه غير ساري على الشركة طبقاً للقواعد العامة^(٢) .

وإذا لم ينص نظام الشركة على تحديد اختصاص كل من المديرين ، ولم ينص في الوقت ذاته على أن تكون القرارات بإجماع المديرين أو بأغليبتهم ، كان لكل واحد من المديرين حق إدارة الشركة منفرداً والقيام بجميع أعمال الإدارة وأعمال التصرف التي سبق بيانها في حالة ما إذا

= فالغلبة للفريق المعارض . وإذا اختلف الفريقان في شأن القرار الذي يراد اتخاذه فيرفع الأمر إلى المحكمة لتقرر ما يتفق مع مصلحة الشركة العامة .

(ويرى من ذلك أن الأصل في التفتيش المبني في حالة تعدد المديرين أن تتخذ القرارات بأغلبية آرائهم) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تفسير محكمة الموضوع لنص في عقد شركة على أن يكون أحد الشركاء هو عهدة النقدية « بأنه لا يفيد أنه هو وحده يتفرد بجميع أعمال الإدارة دون باقي الشركاء ، بل هو تخصيص أحد أعمال الإدارة وإسداؤه إليه دون الأعمال الأخرى ، هو تفسير يستقيم منه التأدي إلى ما انتهى إليه (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام للنقض ٢ رقم ٨٦ ص ٤٧١) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٤٢ .

كان من يدبر الشركة شخصاً واحداً^(١) . على أن لكل من المديرين الآخرين حق الاعتراض على هذه الأعمال قبل تمامها ، أما إذا تمت قبل الاعتراض فإنها تصبح نافذة ملزمة للشركة . فإذا اعترض أحد المديرين على عمل يقوم به مدير آخر قبل تمامه ، بقي الاعتراض قائماً يحول دون تمام العمل ، ولا يزول إلا إذا قررت أغلبية المديرين وفيهم المعارض على عمله رفض الاعتراض . فإذا تقرر رفض الاعتراض على هذا الوجه ، زال وانفسح الطريق للمدير المعارض على عمله أن يتم هذا العمل . أما إذا تساوى جانب من يقر الاعتراض مع جانب من يرفضه ، أو كان المدير للشركة اثنين فقط أراد أحدهما القيام بعمل واعتراض الآخر على ذلك ، فإنه يجب الرجوع في هذه الحالة إلى الشركاء جميعاً ، فإذا قررت أغلبية الشركاء رفض الاعتراض زال وأمكن المدير إتمام العمل المعارض عليه^(٢) . أما إذا قام المدير بالعمل بالرغم من معارضة مدير آخر ، وبدون أن يحصل على رفض الاعتراض من أغلبية المديرين أو من أغلبية الشركاء على الوجه المتقدم الذكر ، فإن عمله يكون باطلاً ولا ينفذ في حق الشركة ، هذا ما لم يكن الغير الذي يتعامل مع المدير حسن النية لا يعلم بالمعارضة ، ففي هذه الحالة ينفذ العمل في حق الشركة ويكون المدير مسئولاً أمامها عن تجاوز سلطته^(٣) .

أما إذا نص نظام الشركة على أن تتخذ القرارات بإجماع المديرين

(١) فإن كان العمل من أعمال التصرف التي لا تدخل في أنراض الشركة ، أو كان يتضمن تعديلاً في نظمها ، وجب إجماع كل الشركاء طبقاً للقواعد العامة (المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٣٤٢) .

(٢) أما إذا انقسم الشركاء إلى قسمين متساويين ، لم تكن هناك أغلبية لرفض الاعتراض ، فيبقى الاعتراض قائماً ولا يجوز إتمام العمل المعارض عليه .

(٣) انظر في كل ذلك المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية

أو بالأغلبية ، وجبت مراعاة ذلك^(١) . فلا يستطيع أحد المديرين أن ينفرد بالإدارة ، بل يجب عليه الحصول على موافقة جميع المديرين الآخرين ، أو موافقة الأغلبية ويدخل هو في حساب الأغلبية ، على حسب الأحوال^(٢) . ويستثنى من ذلك أن يكون هناك أمر عاجل ترتب على تفويته خسارة جسيمة لا تستطيع الشركة تعويضها ، فعند ذلك يستطيع أى مدير أن ينفرد بالقيام بهذا الأمر العاجل ، ويعتبر في هذه الحالة فضولياً يلزم عمله الشركة^(٣) .

وحيث يجب صدور قرار بالأغلبية في جميع الأحوال المتقدم ذكرها وفي غيرها من الحالات الأخرى ، كأن يصدر قرار أغلبية المديرين برفض اعتراض مدير على عمل مدير آخر ، أو يصدر قرار أغلبية الشركاء برفض هذا الاعتراض ، أو يصدر قرار أغلبية المديرين بعمل من أعمال الإدارة حيث ينص النظام على وجوب اتخاذ القرارات بالأغلبية ، فإن الأغلبية المعتبرة هي الأغلبية العددية للمديرين أو للشركاء . لا أغلبية الحصص ، وذلك ما لم يتفق الشركاء على أن تكون الأغلبية للحصص أو للمصالح

(١) نفقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النفقض ه رقم ١٣٠ ص ٨٦٣ .
(٢) وقد قضت محكمة النفقض بأن الشرط الوارد في عقد الشركة المكتوب بعدم انفراد مديرها بالعمل لا يجوز تعديله إلا بالكتابة ، ولا يعول على إدعاء هذا المدير بأنه قد انفرد بالعمل بإذن شقوى من أحد شركائه المتضامين (نفقض مدني ه أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النفقض ٧ رقم ٦٦ ص ٤٩٦) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الممدد : « على أنه يحسن - كما فعل تقنين طنجة (م ٨٧١) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٥٥٠) - الخروج على هذا الحكم الذى يتطلب الإجماع أو موافقة الأغلبية ، بشرط أن توجد ضرورة عاجلة ، وفي الوقت نفسه حاجة ملحة ، إلى تفادى خسارة جسيمة تهدد الشركة ولا يمكن علاجها . فإذا اجتمع هذان الشرطان ، جاز لمدير واحد استثناء أن يعمل بدون حاجة لرضاء بقية المديرين » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٤٢ - ص ٣٤٣) .

المختلفة لا للرؤوس^(١) . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٥١٨ مدني ، وقد تقدم ذكرها^(٢) .

٢٠٨ - مفقون الشركاء غير المديرين - نص قانوني : تنص المادة ٥١٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وكل اتفاق على غير ذلك باطل »^(٣) ،

(١) وقد يكون هناك أكثر من رأيين في مسألة واحدة ، فيرى بعض أن القرار يجب أن يكون بالأغلبية المطلقة ، ويرى بعض آخر أن الأغلبية النسبية تكفي ، ويرى فريق ثالث الاتجاه إلى القضاء لتخليب رأى على رأى ، ويرى فريق رابع وجوب انضمام الجانب الأقل إلى أحد الجانبين الأكثر عدداً (انظر جيوار فقرة ١٤٦ - ويترجيه فقرة ٢٨٩ - بودرى وفال ٢٢ فقرة ٣٢٠ - الأستاذ محمود كامل مرسى فقرة ٥٠٣) . ويبدو لنا أن الأغلبية المطلوبة في حالة الانقسام إلى أكثر من رأيين هي الأغلبية المطلقة وبعدها الرؤوس .

(٢) وتقول المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « لا تعرض التقنيات اللاتينية أو التقنيات المقبسة منها لتحديد ما هو المقصود بالأغلبية ، هل يجب عند حسابها مراعاة المصالح المختلفة أو مقدار الحصص أو عدد الشركاء ؟ » وقد استمد المشروع هذا النص من المادة ٥٥٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، وهو يقرر ابتداء العام المعمول به في مداولات الشركة : إذا وجب صدور قرار بالأغلبية ، تعين حساب الأغلبية بالرؤوس . على أن هذا المبدأ يعمل به ما لم يتفق على غيره ، فيجوز الخروج عنه باتفاق خاص ، كأن يتفق على حساب الأغلبية تبعاً للمصالح المختلفة » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٤٤) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٤٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٦ - ص ٣٤٧) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٤٤٠/٣٧ : للشركاء الذين ليسوا مديريين للشركة الحق في طلب معرفة إدارة أعمال الشركة .

ويخلص من هذا النص أنه إذا عين للشركة من يديرها ولو كان المدير أجنبياً ، فابس لشريك لم يكن من بين المديرين للشركة أن يتدخل في أعمال الإدارة ، ولا أن يشترك في هذه الأعمال^(١) ، ولا أن يعترض على أعمال المديرين إلا في الحدود التي يرجع فيها إلى الشركاء على النحو الذي تقدم بيانه . ولكن يجوز له أن يعترض على أعمال الإدارة التي تتجاوز

= ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٨٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥١٢ : ١ - للشركاء غير المنتدبين للإدارة حق الحصول من المديرين على معلومات عن سير أعمال الشركة ، وهم حق للاطلاع على مستنداتها الخاصة بالإدارة وعلى البيان الحسابي إذا أنجزت الأعمال التي تشكلت الشركة على أساسها . وكل اتفاق على غير ذلك باطل . ٢ - وإذا زادت مدة القيام بأعمال الشركة على سنة ، فلشركاء الحق في الحصول على بيان عن الإدارة في نهاية كل سنة إذا لم ينص العقد على أجل آخر . (وأحكام التقنين الليبي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٦٣٩ (مطابق) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٨٨٨ : لا يجوز للشركاء غير المديرين أن يشتركوا في شيء من أعمال الإدارة ، ولا أن يعترضوا على الأعمال التي يقوم بها المديرون المعينون بمقتضى العقد ، إلا إذا كانت تتجاوز حدود الأعمال التي هي موضوع الشركة أو كانت تخالف العقد أو القانون مخالفة صريحة .

م ٨٨٩ : يحق للشركاء غير المديرين أن يطلبوا في كل آن حساباً عن إدارة أعمال الشركة وعن حالة الملك المشترك ، وأن يطلخوا على دفاتر الشركة وأوراقها وأن يبحثوا فيها . وكل خص مخالف يعد لغواً . وهذا الحق شخصي لا يجوز أن يقوم به وكيل أو ممثل آخر ، إلا عند وجود فاقدي الأهلية فهؤلاء يصح أن ينوب عنهم وكلائهم الشرعيون ، أو عند وجود مانع مقبول مثبت بحسب الأصول .

م ٨٩٠ : من لا يكون إلا شريك محاصة لا يحق له أن يطلع على دفاتر الشركة وأوراقها إلا لسبب هام وبإذن القاضي . (وأحكام التقنين البناني في مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

(١) جيوار فقرة ١٣٩ وفترة ٢٦٥ - بودري وقال ٢٢ فقرة ٣١٢ - فقرة ٣١٢ .

أغراض الشركة أو تخالف نظامها أو تعارض القانون ^(١) ، وله أن يرجع في ذلك إلى سائر الشركاء ، بل له أن يلجأ إلى القضاء .

على أن الشريك غير المدير من حقه أن يطلب من المديرين حساباً عن إدارة أعمال الشركة من آن إلى آخر ، أو في أوقات دورية ، أو في الوقت الذي ينص عليه نظام الشركة . وله ، في سبيل الاستيثاق من حسن الإدارة ، أن يطلع بنفسه على دفاتر الشركة ومستنداتها وأوراقها وكل ما يتعلق بأعمالها ^(٢) . وهذا الحق شخصي له ، فلا يجوز أن ينبب عنه فيه وكبلاً حتى لا يتدخل أجنبي في أعمال الشركة ويطلع على أسرارها ، وهذا ما لم يكن الشريك قاصراً فينبوب عنه ^(٣) . وحق الشريك غير المدير في الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ^(٤) .

(١) انظر م ٨٨٨ من تقنين الموجبات والعقود البناني آنفاً في نفس الفقرة في الهامش .

(٢) استئناف مخطوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٨٠ .

(٣) انظر م ٨٨٩ من تقنين الموجبات والعقود البناني آنفاً في نفس الفقرة في الهامش .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يقرر هذا النص

الحكم الوارد بالمادة ٥٤٠/٣٧ من التقنين الحالي (السابق) مكملاً بنص المادة ٥٥٤ فقرة أولى من التقنين البولونى والمادة ٥٥٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى . ونص تنص على حرمان الشركاء غير المديرين من التدخل فى الإدارة ، وإلا لما كانت هناك أية فائدة من تعيين مدير للشركة . على أن هؤلاء الشركاء حق الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وهو حق أساسى لهم ، ولذلك يقرر النص عدم جواز الاتفاق على خلاف ذلك . والنص الوارد فى المشروع : « أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها » أفضل من نص المادة ٥٤٠/٣٧ مصرى (قديم) : « الحق فى طلب معرفة إدارة أشغال الشركة » ، لأن للشركاء بمقتضى القواعد العامة الحق فى أن يطلبوا من المديرين تأدية حساب عن وكالتهم ، والذي يهمننا تحديده هو أن نقرر لكل الشركاء حق الاطلاع بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها لأهمية ذلك من حيث مراقبة استغلال أموال الشركة وحالتها المالية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٤٦) .

المبحث الثاني

عدم تعيين من يدير الشركة

٣٠٩ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٥٢٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا لم يوجد نص خاص على طريقة الإدارة ، اعتبر كل شريك مفوضاً من الآخرين في إدارة الشركة وكان له أن يباشر أعمال الشركة دون رجوع إلى غيره من الشركاء ، على أن يكون لهؤلاء أو لأى منهم حق الاعتراض على أى عمل قبل تمامه ، ولأغلبية الشركاء الحق في رفض هذا الاعتراض » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٣٥/٤٣٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٨٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٠٧ - ٥٠٨ - وفي التقنين المدني

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ولكن كان المشروع التمهيدى يتضمن فقرة ثانية هذا نصها : « ومع ذلك لا يجوز لأى من الشركاء أن يدخل أى تغيير فيما للشركة من أشياء دون موافقة سائر الشركاء ، حتى لو ذهب إلى أن هذا التغيير في صالح الشركة » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة « لأنها تفصيلية » ، وأصبح رقم المادة ٥٤٨ في المشروع النهائى ، ووافق على النص مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٠ (مجموعة الأعمال التشريعية : ص ٣٤٨ وص ٣٥٠) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٣٥/٤٣٨ : إذا لم يعين للشركة مديرون ، اعتبر كل واحد من الشركاء مأذوناً من شريكه بالإدارة ، وله إدارة العمل وحده ، وإنما يعمل في حالة اختلاف الشركاء بما يتفق عليه أكثرهم . (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

العراقى م ٦٤٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٧٦ - ٨٨١^(١).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى ٥٠٨ : ١ - لكل شريك الحق فى الانفراد بإدارة الشركة إلا إذا اشترط خلاف ذلك . ٢ - وإذا حقت إدارة الشركة على انفراد لأكثر من شريك ، فلكل شريك قائم بالإدارة الحق فى الاعتراض على ما يعمزم الشريك الآخر القيام به من عمل قبل إنجازه . ٣ - وتفصل فى الاعتراض أكثرية الشركاء ، وتتكون على أساس نسبة فى الأرباح . م ٥٠٧ : لا يجوز للشريك أن يستعمل شيئاً من أموال الشركة فى أغراض خارجة عن أهدافها دون موافقة الأعضاء الآخرين .

(وأحكام التقنين الليبى متفقة مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن الأكثرية فى التقنين الليبى تحسب على أساس نسبة الحصص فى الأرباح ، وفى التقنين المصرى تحسب على أساس عدد الرؤوس) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٤٠ (مطابق للمشروع التمهيدى للمادة ٥٢٠ من التقنين المدنى المصرى، وتتفق مع حكم التقنين المدنى المصرى - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٢٠ وما بعدها).
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٧٦ : حق إدارة الشركة هو لجميع الشركاء معاً ، فلا يحق لأحد منهم أن يستعمله منفرداً إذا لم يرخص له بقية الشركاء .

م ٨٧٧ : إن الحق فى إدارة الشركة يشمل حق تمثيلها تجاه الغير إذا لم ينص على العكس .
م ٨٧٨ : عندما يتفق الشراء على إعطاء كل منهم وكالة بإدارة شؤون الشركة ، ويوضحون أن كل شريك يمكنه أن يعمل من غير أن يشاور الآخرين ، تسمى شركتهم عندئذ شركة تفويض أو توكيل عام .

م ٨٧٩ : فى شركة التفويض العام يجوز لكل شريك أن يقوم منفرداً بجميع أعمال الإدارة التى تدخل فى موضوع الشركة حتى أعمال التفرغ . ويجوز له على الخصوص : أولاً - أن يعقد لحساب الشركة شركة خاصة مع الغير يكون المراد منها عملاً أو حملة أعمال إدارية . ثانياً - أن يقدم مالا لشخص ثالث للقيام بمشروع لحساب الشركة - ثالثاً - أن يعين عمالاً ومندوبين . رابعاً - أن يوكل ويمزل الوكلاء . خامساً - أن يقبض مالا وأن يفسخ المقاولات وأن يبيع نقداً أو ديناً أو إلى أجل أو على التسليم - الأشياء الداخلة فى موضوع الشركة ، وأن يعترف بالديون ويربط الشركة بموجبات على قدر ما تقتضيه حاجات الإدارة ، ويعقد الرهن أو غيره من وجوه التأمين على القدر نفسه ، وأن يقبل مثل هذا الرهن أو التأمين ، وأن يصدر أو يظهر سندات للأمره أو سفاتج ، وأن يقبل رد المبيع من أجل عيب موجب للرد حينما يكون الشريك الذى =

٢١٠ - لكل شريك هو المقررون بالإدارة : إذا لم يعين من

يدير الشركة^(١) ، فالمفروض أن الشركاء قد جعلوا حق الإدارة لكل واحد منهم . فلكل أن ينفرد بالقيام بأعمال الإدارة وأعمال التصرفات الداخلة

عنده غائباً وأن يمثل الشركة في الدعاوى سواء كانت مدعية أو مدعى عليها ، وأن يعقد الصلح بشرط أن يكون مفيداً - ذلك كله ما لم يكن هناك خداع أو قيود خاصة موضحة في عقد الشركة .

م ٨٨٠ : إن الشريك في شركة التفويض العام لا يجوز له بدون ترخيص خاص مبين في عقد الشركة أو في عقد لاحق : أولاً - أن يتفرغ بلا بدل ، وتستثنى الهدايا والمكافآت الممتازة . ثانياً - أن يكفل الغير . ثالثاً - أن يقرض بلا بدل - رابعاً - أن يجري التحكيم . خامساً - أن يتنازل عن المؤسس أو المحل التجاري أو عن شهادة الاختراع التي عقدت عليها الشركة . سادساً - أن يعدل عن ضمانات ، ما لم يكن الملوك مقابل بدل .

م ٨٨١ : إذا كان عقد الشركة يوضح أن جميع الشركاء يحق لهم تولي الإدارة ولكن لا يجوز لأحدهم أن يعمل منفرداً عن الآخرين ، فالشركة توصف حينئذ بالحدودة أو بذات الوكالة المحدودة . وإذا لم يكن نص أو عرف خاص ، فكل شريك في الشركة المحدودة يجوز له أن يقوم بالأعمال الإدارية بشرط الحصول على موافقة شركائه ، ما لم يكن هناك أمر يستوجب التعجيل ويفضي إغفاله إلى الإضرار بالشركة .

م ٨٩٣ : إذا لم يقرر شيء فيما يختص بإدارة أعمال الشركة ، عدت شركة محدودة ، وكانت علاقات الشركاء من هذا الوجه خاضعة لأحكام المادة ٨٨٢ .

(والأصل في التقنين اللبناني أن يشترك جميع الشركاء في الإدارة فتتخذ للقرارات بالإجماع ، إلا إذا نص على اتخاذ القرارات بالأغلبية ، أو اتفق الشركاء على إعطاء كل منهم وكالة بإدارة شؤون الشركة في شركة التفويض العام . أما الأصل في التقنين المصري فهو أن يتفرد كل شريك بالإدارة ، حل أنه يكون لكل شريك آخر حق الاعتراض والأغلبية الشركاء الحق في رفض الاعتراض) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تفسير محكمة الموضوع لنص عقد الشركة على أن الشركاء جميعاً متضامنون في العمل ، بأنه من شأنه أن يجعل كل واحد من الشركاء مأذوناً من شركائه بالإدارة وله إدارة العمل وحده وفقاً لنص المادة ٤٣٨ من القانون المدني (القديم) ، فيصبح كل منهم مسئولاً عن حسن سير الشركة ، ويحظر على أحد منهم أن يباشر عملاً ينجم عنه إضرار بمصالحها عملاً ينص المادة ٤٣٩ من القانون المدني (القديم) هو تفسير سائق (نقض) مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام للنقض ٢ رقم ٨٦ ص ٤٧١)

في أغراض الشركة^(١) ، وتكون هذه الأعمال نافذة في حق الشركة وفي حق الشركاء جميعاً ما دامت غير مخالفة لنظام الشركة ولا للقانون . أما أعمال التصرف التي لا تدخل في نطاق أغراض الشركة فهي محرمة على أى شريك ، ولا يد فيها من إجماع الشركاء . كذلك لا يجوز لأى شريك أن يدخل أى تغيير أو تجديد فيما للشركة من أشياء دون موافقة جميع الشركاء ، حتى لو رأى أن أعمال التغيير أو التجديد هذه مفيدة للشركة ، إلا أن تكون هذه التغييرات داخلة في أغراض الشركة أو كانت من قبيل أعمال الإدارة الحسنة المقصود بها تسهيل انتفاع الشركة بأموالها^(٢) .

٢١١ - من الاعتراض : على أنه إذا أراد الشريك أن يقوم بعمل من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف الداخلة في أغراض الشركة ، واعترض على العمل قبل إتمامه شريك آخر ، وجب وقف العمل وعرض الأمر على جميع الشركاء . ويبقى الاعتراض قائماً ، والعمل المعارض عليه موقوفاً ، حتى ترفض أغلبية الشركاء - الأغلبية العددية إلا إذا وجد في نظام الشركة ما يخالف ذلك - هذا الاعتراض . فإذا رفضته الأغلبية ، أمكن الشريك القيام بالعمل المعارض عليه^(٣) . وإذا لم توجد أغلبية من الشركاء ترفض العمل - حتى لو تسلوى الجانبان - بقى الاعتراض قائماً

(١) استئناف وطنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٨٦ - استئناف مصر ٢٢ يوفيه سنة ١٩٤١ المحلطة ١٢ رقم ٢/٢٢٣ ص ٤٤٦ - محكمة مصر الكلية ١٦ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١١ ..

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٩ - ص ٣٥٠ - قارن بودرى وقال ٢٣ فقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٢٣ .

(٣) ولا يجوز الرجوع على الشريك الذى اعترض بتعويض بعد رفض أغلبية الشركاء المعارضة ، إلا إذا كانت المعارضة عن غش أو عن تقصير (جيوارا فقرة ١٤٧ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ٣٢٣ - أوبرى ورو وإمان ٦ فقرة ٣٨٢ ص ٥٢ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ ص ٣٠٥ هاشر رقم ٤) ، إذ على الشريك أن يبذل العناية الواجبة في تدبير مصالح الشركة (م ٢/٥٢١ ملق) .

ولم يجوز القيام بالعمل . فإذا قام الشريك بالعمل المعرض عليه قبل زوال الاعتراض ، بأن لم يعرض الأمر على الشركاء ، أو عرضه ولم يرفض الاعتراض أغلبية منهم ، فإن العمل يكون باطلاً في حق من تعامل معه الشريك إذا كان سيئ النية أى يعلم بالمعارضة القائمة وبعدهم زوالها^(١) .

الفرع الثاني

أثر الشركة بالنسبة إلى الشركاء

٢١٢ - مسائل مؤت : إذا قامت الشركة ، كان لكل شريك واجبات نحوها ، وحقوق عليها . وكان لدائتي الشركة وللدائنين الشخصيين للشركاء حقوق معينة في مال الشركة وفي الأموال الشخصية للشركاء : فعندنا إذن مسائل ثلاث : (١) واجبات الشريك (٢) حقوق الشريك (٣) حقوق دائتي الشركة والدائنين الشخصيين للشركاء .

المبحث الأول

واجبات الشريك

٢١٣ - بزل العناية في تدبير مصالح الشركة - نص قانوني :

تنص المادة ٥٢١ من القانون المدني على ما يأتي :

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « على أنه يجوز لكل شريك أن يعترض على العمل قبل إتمامه ، ولأغلبية الشركاء حق رفض هذه المعارضة . . وأخيراً يترتب على المعارضة . . أن التصرف الذى يتم رغم المعارضة وبدون موافقة الأغلبية ، يكون باطلاً بالنسبة للشركة ، وأيضاً بالنسبة للغير سيئ النية الذى يعلم بالمعارضة القائمة » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٤٩) . انظر أوبرى ، ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٢ ص ٥١ - ص ٥٣ . بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٢٨ - فورنييه فقرة ٦٩ . وانظر في أن نظام الشركة ينص في المادة بالتفصيل على طريق إدارتها ، ويتبع في ذلك قواعد عملية تتفق مع حالة الشركة بحسب ما إذا كانت قليلة الشركاء أو كثيرتهم فورنييه فقرة ٧٠ - فقرة ٧٢ .

- ١ - على الشريك أن يمتنع عن أى نشاط يلحق الضرر بالشركة ،
أو يكون مخالفاً للغرض الذى أنشئت لتحقيقه .
- ٢ - وعليه أن يبذل من العناية فى تدبير مصالح الشركة ما يبذله فى
تدبير مصالحه الخاصة ، إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز أن
ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد ^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق
مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن عبارة « إلا إذا كان منتدباً للإدارة
بأجر فلا يجوز أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد » ، الواردة فى آخر الفقرة الثانية
لم تكن موجودة فى المشروع التمهيدى . وفى لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة ، فأصبح النص
مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٤٩ فى المشروع النهائى . ووافق
عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥١ -
ص ٣٥٣) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٢٨/٥٢١ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى :
« على كل واحد من الشركاء أن يلاحظ منافع الشركة ، ويعنى بتدبير مصالحها كصالح نفسه » .
(وحكم التقنين السابق متفق مع حكم التقنين الجديد ، فيما عدا أن التقنين الجديد تشدد فى العناية
المطلوبة من المدير إذا كان بأجر) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٨٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥١٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٤١ (مطابق) - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٢٤

وما بعدها) .

٠٠ تقنين الموجبات والنقد اللباني م ٨٦٥ : لا يجوز للشريك ، بدون موافقة شركائه
أن يقوم لحسابه أو لحساب الغير بأعمال شبيهة بأعمال الشركة إذا كانت هذه المنافسة تضر بمصالح
الشركة . وعند المخالفة يحق للشركاء الاختيار بين أن يطالبوه ببدل المثل والضرر ، أو أن
يتخفوا لحسابهم الأعمال التى ارتبط بها ويطلبوا قبض الأرباح التى جناها ، هذا كله مع الاحتفاظ
بحق العمل على إخراجهم من الشركة ، وإذا مضت ثلاثة أشهر ولم يختاروا أحد الأوجه المذكورة ،
فقدوا حق الاختيار ولم يبق لهم سوى حق الحصول على بدل المثل والضرر عند الاقتضاء .
م ٨٦٦ : لا يطبق حكم المادة السابقة إذا كان للشريك قبل اندماجه فى الشركة مصلحة =

ومن أول واجبات الشريك ، كما رأينا ، أن يساهم في الخسارة على النحو الذى سبق أن بيناه . وها نحن أمام واجب آخر يمليه النص المتقدم ، هو بذل قدر معين من العناية فى تدبير مصالح الشركة .

والعناية المطلوبة من الشريك فى تدبير مصالح الشركة هى العناية التى يبذلها فى تدبير مصالحه الخاصة ، فلا ينزل عن هذا القدر من العناية حتى لو زاد على عناية الرجل المعتاد . فإذا كان الشريك معروفاً بالحرص والإتقان بحيث تزيد عنايته بمصالحه الشخصية على عناية الرجل المعتاد ، وجب عليه أن يبذل هذا القدر من العناية إذا تولى مصالح الشركة ، فزيد فى عنايته على عناية الرجل المعتاد . وإذا كانت عنايته بمصالحه هى عناية الرجل المعتاد ، وجبت عليه هذه العناية فى تدبير مصالح الشركة . أما إذا كانت عنايته بمصالحه تنزل عن عناية الرجل المعتاد ، لم يجب عليه إلا هذا القدر من العناية فى تدبير مصالح الشركة ، فينزل فى تدبيرها عن عناية الرجل المعتاد . وهذا كله إذا تولى تدبير مصلحة من مصالح الشركة ، يستوى فى ذلك ألا يكون منتدباً لإدارة الشركة أو يكون منتدباً لإدارتها ولكن بغير أجر . أما إذا كان منتدباً للإدارة بأجر ، وجب عليه أن يبذل فى تدبير مصالح الشركة العناية التى يبذلها فى تدبير مصالحه الشخصية ، دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد . فيبذل العناية التى يبذلها

= فى مشاريع مضارعة لها ، أو كان يقوم بأعمال مشابهة لأعمالها على علم من شركائه ، ولم يشترط عليه تركها ، ولا يجوز للشريك الموماً إليه أن يلجأ للمحاكم لإجبار شركائه على موافقته .

م ٨٦٧ : كل شريك يلزمه أن يظهر من العناية والاجتهاد فى القيام بواجباته للشركة ما يظهره فى إتمام أموره الخاصة . وكل تقصير من هذا القبيل يعد خطأ يسأل عنه لدى بقية الشركاء ، كما يسأل عن عدم القيام بالواجبات الناشئة عن عقد الشركة وعن سوء استعماله السلطة الممنوحة له . ولا يكون مسئولاً عن القوة القاهرة إذا لم تنجم عن خطأ منه . (وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين المصرى يتشدد فى مسئولية الشريك إذا كان مديراً بأجر) .

في مصالحه الشخصية إذا كانت هذه العناية تزيد أو تعادل عناية الرجل المعتاد ، ويبدل عناية الرجل المعتاد إذا كانت عنايته في تدبير مصالحه الشخصية تنزل عن هذا القدر من العناية .

ويخلص من ذلك أن العناية المطلوبة من الشريك في تدبير مصالح الشركة تزيد على العناية المطلوبة من الوكيل العادي في إدارة شؤون موكله . فقد نصت المادة ٧٠٤ مدني في شأن الوكيل على أنه « ١ - إذا كانت الوكالة بلا أجر ، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد . ٢ - فإن كانت بأجر ، وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد » . فالوكيل ، سواء كان بأجر أو بغير أجر ، لا تطلب منه عناية تزيد على عناية الرجل المعتاد ، أما الشريك فقد تطلب منه عناية تزيد على عناية الرجل المعتاد إذا كانت عنايته بمصالحه الشخصية تزيد على هذا القدر .

ويرتب النص على ما يتطلب أن يبذله الشريك من العناية في تدبير مصالح الشركة أن يمتنع الشريك « عن أى نشاط يلحق الضرر بالشركة أو يكون مخالفاً للغرض الذي أنشئت لتحقيقه » . ذلك أن الشريك إذا بذل نشاطاً يلحق الضرر بالشركة أو يكون مخالفاً لأغراضها ، لا يكون قد بذل في تدبير مصالح الشركة العناية التي يبذلها في تدبير مصالحه الشخصية ، فيكون مقصراً ، وتترتب على هذا التقصير مسؤوليته نحو الشركة والشركاء . مثل ذلك الشريك الذي يحق له الاعتراض على عمل يريد من يتولى إدارة الشركة القيام به ، على التفصيل الذي قدمناه ، فهذا الشريك إذا كان له حق الاعتراض على العمل قبل إتمامه ، فإنه يجب أن يكون لهذا الاعتراض مبرر . فإذا أقدم الشريك على الاعتراض عن سوء نية أو عن تسرع ينطوي على التقصير ، فأوقف بذلك تنفيذ

عمل من أعمال الإدارة يفيد للشركة فائدة ظاهرة ، فإنه يكون مسئولاً عن رعونه وتقصيره إذ نزل في هذا الاعتراض عن قدر العناية المطلوبة منه ، وذلك حتى لو رفضت الأغلبية هذا الاعتراض فأمكن إتمام العمل ، ما دام قد ثبت أن ضرراً قد لحق الشركة من جراء التأخر في إتمامه^(١) . ومثل ذلك أيضاً أن يقوم الشريك بعمل من الأعمال الداخلة في أغراض الشركة قاصداً بذلك منافستها ، فهذا النشاط الصادر من الشريك من شأنه أن يلحق الضرر بالشركة ، ويكون الشريك مسئولاً عن تعويض الضرر الذي أصاب الشركة من جراء هذا العمل . وقد حدد تقنين الموجبات والعقود البناني هذه المسئولية في نص تشريعي ، إذ تقول المادة ٨٦٥ من هذا التقنين : « لا يجوز للشريك ، بدون موافقة شركائه ، أن يقوم لحسابه أو لحساب الغير بأعمال شبيهة بأعمال الشركة ، إذا كانت هذه المنافسة تضر بمصالح الشركة . وعند المخالفة يحق للشركاء الاختيار بين أن يطالبوه ببطل العطل والضرر ، أو أن يتخذوا لحسابهم الأعمال التي ارتبط بها ويطلبوا قبض الأرباح التي جناها ، هذا كله مع الاحتفاظ بحق العمل على إخراجهم من الشركة . وإذا مضت ثلاثة أشهر ولم يختاروا أحد الأوجه المذكورة ، فقدوا حق الاختيار ولم يبق لهم سوى حق الحصول على بدل العطل والضرر عند الانقضاء »^(٢) . وهذا النص - فيما عدا المواعيد التي

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٨٤ في الهامش . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد الفقرة الأولى من المادة ٥٢١ منق : « تطابق للفقرة الأولى المادة ٥٢٦ من التقنين السويسري والمادة ٥٦٢ من التقنين البولوني والمادة ٥٤٠ من المشروع للفرنسي الإيطالي ، وهي تقرر التزاماً على الشريك بعدم إلحاق ضرر بالشركة ، وهو التزام ناتج عن طبيعة عقد الشركة ، لأن مساهمة الشركاء في العمل المشترك تقتضى من الشريك الامتناع عن كل عمل يضر بالشركة بطريق مباشر أو غير مباشر ، سواء أكان ذلك لحسابه أم لحساب الغير . كما لا يجوز للشركاء الاعتراض على أية عملية مفيدة للشركة ، لأن مصلحتهم تتأثر بذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٢) .

(٢) انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

حددها للاختيار - ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن تطبيقه في مصر . ومن ثم يجوز للشركة أن ترجع على الشريك الذى قام بعمل منافس بالتعويض عن الضرر الذى أصابها من هذه المنافسة ، وقد تقتصر على مطالبته بالأرباح التى جناها من العمل الذى قام به ، ولكل من الشركاء فوق ذلك أن يطلب من القضاء لإخراج الشريك الذى أدخل بواجبه من الشركة تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٥٣١ مدنى وسيأتى بيانها . على أنه إذا ثبت أن الشريك قبل دخوله الشركة كان يشتغل بعمل يدخل فى الأعمال التى تقوم بها الشركة على علم من شركائه ، ولم يطلبوا إليه أن يترك هذا العمل عند دخوله فى الشركة ، فإن استمراره فى هذا العمل لا يترتب مسئولية فى ذمته ، لأن الشركاء بعدم طلبهم إليه أن يترك العمل يكونون قد وافقوا ضمناً عليه^(١) .

ومما يترتب على العناية المطلوبة من الشريك بذلها فى تدبير مصالح الشركة أن الشريك إذا كان متدبلاً لإدارة الشركة ، وجب عليه أن يبذل من العناية فى إدارة شئونها القدر الذى يبذله فى إدارة مصالحه الشخصية ، فإن كان بأجر وجب ألا ينزل فى هذه العناية عن عناية الرجل المعتاد ، كما سبق القول . فإذا أتى الشريك المتدب لإدارة عملاً مخالفاً لنظام الشركة لو مخالفاً للقانون ، أو قصر فى إدارته للشركة بحيث نزل عن مقدار العناية المطلوبة منه^(٢) ، كان مسئولاً عن التعويض ، وجاز طلب إخراجه من

(١) انظر م ٨٦٦ من تقنين الموجبات والمقود البناني آنفاً فى نفس الفقرة فى الهامش . وانظر بودرى وقال ٢٣ فقرة ٢٠٥ .

(٢) كان قصر فلم يعقد صفقة مفيدة للشركة ، أو ترك مالا للشركة يتلف دون أن يصلحه ، أو أهمل فى رقابة مستخدمى الشركة فارتكبوا أعمالاً تضر بها (بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٩٧) . ويعتبر الشريك مسئولاً إذا هو ضحى مصلحة الشركة من أجل مصلحته الشخصية ، كما إذا امتنع عن عقد صفقة نافعة للشركة بصجة أن هذه الصفقة تعود عليه شخصياً بالضرر (بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٩٩ ص ١٣٣ - ص ١٣٤) ، أو عقد صفقة لنفسه كان يجب أن يعقدها لحساب الشركة (بودرى وقال ٢٣ فقرة ٢٠٢ مكررة) .

الشركة تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٥٣١ مدني التي سيأتي ذكرها .
أما إذا أصاب الشركة ضرر بسبب أجنبي لا بد له فيه ، لم يكن مسئولاً
هنا لأنه لم يرتكب خطأ ترتب عليه مسؤوليته^(١) .

٢١٤ - تقديم الشريك - أبا عن المبالغ التي في ذمة الشركة مع

الفوائد - نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٢٢ من التقنين
المدني على ما يأتي :

« إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغاً من مال الشركة ، لزمته فوائد
هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه ، بغیر حاجة إلى مطالبة قضائية
أو إعدار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلي
عند الاقتضاء »^(٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في صدد الفقرة الثانية من المادة
٥٢١ مدني : « أما الفقرة الثانية فهي تقاير نص المادة ٤٢٨/٥٢١ من التقنين الحالي (السابق) ،
وهي تحدد درجة العناية التي يجب أن يبذلها كل شريك في التزاماته قبل الشركة : عليه أن يبذل
من العناية ما يبذله في مصالحه الخاصة ، فإذا أخل بالتزامه هذا وترتب على ذلك ضرر للشركة ،
كان لها أن تطالبه بالتعويض . على أنه مادام أساس المسؤولية هو الخطأ ، فالشريك لا يتحمل
مسئولية ما في حالة القوة القاهرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٥ من المشروع
التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة
تحت رقم ١/٥٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس لشيخ تحت رقم ٥٢٢
١/ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٦) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٤٢٧/٥٢٠ : الشريك ملزم حتماً بفوائد المبالغ
المطلوبة للشركة منه خاصة . . . (وهذا الحكم متفق مع حكم "تقنين المدني الجديد" ، وإن كان
لم يعرض لتعويض التكميل) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٤٩٠ (مطابق) .

والشريك ، سواء كان منتدباً للإدارة أو غير منتدب ، يجب أن يقدم حساباً للشركة عن جميع ما يقوم به من عمل لحسابها . وهو في هذا الصدد كالوكيل ، يجب عليه أن يوافي موكله بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حساباً عنها (م ٧٠٥ مدني)^(١) .

وهو في الأعمال التي يقوم بها لحساب الشركة قد يصل إلى يده مال لها ، فيجب أن يؤدي حساباً عن هذا المال وأن يدفعه فوراً للشركة . فإذا أدار شؤون الشركة ، قد يقبض مبالغ لحسابها ، كأن يبيع مالا

التقنين المدني الليبي م ١/٥١٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/٦٤٢ (مطابق - انظر الأستاذ حسن الذنون ص ١٢٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٦٨ : كل شريك يلزمه ، على الشروط التي يلزم بها الوكيل ، أن يقدم حساباً عن : أولاً : كل المبالغ والمقدمات التي يأخذها من رأس مال الشركة لأجل الأعمال المشتركة . ثانياً - كل ما استلمه على الحساب المشترك أو من طريق الأعمال التي تكون موضوع الشركة . ثالثاً - وبالإجمال عن كل عمل يقوم به لحساب الشركة . وكل نص على إعفاء أحد الشركاء من واجب تقديم الحساب يكون لغواً .

م ٨٧٠ : كل شريك يستعمل دون ترخيص من بقية الشركاء الأموال أو الأشياء المشتركة ، في مصلحته أو في مصلحة شخص ثالث ، يلزمه أن يعيد المبالغ التي أخذها وأن يضم إلى مال الشركة الأرباح التي جناها ، ويحتفظ مع ذلك بحق الشركاء في بدل العطل والضرر وفي إقامة دعوى جزائية عليه عند الاقتضاء . (وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصري ، مع ملاحظة أن المادة ٢/٧٨٩ لبناني تقضي على الوكيل بإداء فائدة الأموال التي تأخر في دفعها للموكل) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك الذي يدير شؤون الشركة شأنه هو شأن الوكيل ، عليه أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عما تناولته الوكالة ، وقبام كل شريك بإدارة بعض شؤون الشركة لا يحول دون حق كل منهما في مطالبة الآخر بتقديم حساب عما أداره (نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٠ ص ٩٦٣) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن من واجبات الشريك أن يبين حالة الشركة التي هو مديرها وما تنتجه من ربح أو خسارة ويثبت ذلك ، فإن لم يفعل فهو مدين بجميع رأس المال ، ويجب الحكم عليه به جميعه ولا وجه لتجزئته (٣٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ الخ ل ق ٢٨ ص ٧٦) .

للشركة فيقبض الثمن ، أو يؤجر مالا لها فيقبض الأجرة ، أو يستوفى ديناً للشركة ، أو يشتري مالا من الشركة أو يستأجر منها مالا فيجب عليه الثمن أو الأجرة ، أو يقوم بغير ذلك من الأعمال فيقبض مالا لحساب الشركة . قالوا يجب عليه ألا يحتجز هذا المال في يده ، بل يوفيه للشركة فوراً ، إلا ما يقضى به العرف في التعامل أو الاتفاق أو نظام الشركة . وقد يأخذ مالا من الشركة لعمل يقوم به فلا يتم العمل ، أو يأخذ مالا لها لاستعماله الشخصي أو لغير ذلك من الأسباب ، ففي جميع هذه الأحوال يجب أن يرد للشركة مالها فوراً ، ما لم يقض العرف أو الاتفاق أو نظام الشركة بغير ذلك (١) .

فإذا هو احتجز مالا للشركة ، أو أخذ من الشركة مالا ، ولم يوفها ما احتجزه أو ما أخذه ، كان مسئولاً عن رد هذا المال للشركة ، وكان مسئولاً أيضاً عن فوائده بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقي حسب الأحوال ، بمجرد ترتب الالتزام برد المال في ذمته للشركة إلى وقت الرد ، وذلك دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار . وهذا كله دون إخلال بأى تعويض تكبيل عن ضرر يصيب الشركة من جراء التأخر ويزيد على الفوائد المستحقة . وقد رأينا مثل ذلك فيما إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ولم يقدم هذا المبلغ ، فتلزمه فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكبيل عند الاقتضاء (م ٥١٠ مدني) (٢) .

(١) بودرى وفال ٢٣ فقرة ١٩١ - جيارا فقرة ١٩٩ - ويترتب على ذلك أنه إذا كان الشريك لم يؤد حصته إلى الشركة وجبت عليه تأديتها ، ولا يستطيع أن يمتنع عن ذلك بحجة أن شريكاً آخر مسرراً لم يؤد حصته من رأس المال (استئناف مخطط ١٣ فبراير سنة ١٩١٩ م ٢٥ ص ١٧٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥٥ .

والشريك في كل ذلك مسئوليته أشد من مسئولية الوكيل ، إذ الوكيل لا تلزمه فوائد المبالغ التي في ذمته للشركة إلا من وقت استخدامها لصالحه أو من وقت أن يعذر (م ٢/٧٠٦ مدني)^(١) .

وقياساً على ما تقدم ، يمكن القول إن الشريك إذا احتجز أو أخذ مالا للشركة غير النقود ، كأوراق مالية أو منقولات ، كان مسئولاً عن رده وكان مسئولاً أيضاً عن التعويض دون حاجة إلى إعدار^(٢) ، حتى لو لم يكن قد أفاد من هذا المال شيئاً ما دامت الشركة قد لحقها الضرر^(٣) .

أما إذا كان المحتجز أو المأخوذ نقوداً ، فالقوائد تستحق على النحو الذي قدمناه حتى لم يصب الشركة ضرر^(٤) .

المبحث الثاني

حقوق الشريك

٢١٥ - من الشريك في استرداد المصروفات النافعة مع فوائد ١٥ -

نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٢٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« وإذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق في مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها »^(٥) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٥ .

(٢) بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٩٠ .

(٣) لوران ٢٦ فقرة ٢٥٨ - جيوارا فقرة ٢٠١ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٩٢ .

(٤) لوران ٢٦ فقرة ١٥٦ - جيوارا فقرة ١٩٩ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٩٢ .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٧٠٥ من المشروع

التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أضيفت =

ومن أول حقوق الشريك ، كما رأينا ، أن يقسم الأرباح مع شركائه على النحو الذى فصلناه فيما تقدم . وهو ، حتى لو كان متدبياً للإدارة ، لا يأخذ فى الأصل أجراً على عمله إلا إذا كان هناك اتفاق على الأجر^(١) ، شأنه فى ذلك شأن الوكيل (م ٧٠٩ مدنى) .

ولكنه قد ينفق مصروفات فى سبيل تدبيره لمصالح الشركة ، فى مثلها بديون الشركة من ماله الخاص ، أو يتعهد لحساب الشركة فيلتزم شخصياً نحو الغير وينفذ تعهده ، أو يمد الشركة بشئ من ماله ينفقه فى مصالحها . فإذا كانت المصروفات التى أنفقها تعود بالنفع على الشركة ، وكانت غير

«العبارة الأخيرة « من يوم دفعها » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٥٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٥٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٦) .
ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٢٧/٥٢٠ : الشريك ملزم .. وله فوائد المبالغ المطلوبة له منها ، والحق فى استيلاء ما صرفه فى مصلحة الشركة بالوجه اللائق بدون غش ولا تفريط .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٤٩٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٢/٥١٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٢/٦٤٢ (مطابق - وانظر الأستاذ حسن للذنون فقرة ١٢٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٧٣ : لكل شريك حق الادعاء على بقية الشركاء فيما يعادل حصصهم فى الشركة : أولاً - من أجل المبالغ التى صرفها لحفظ الأشياء المشتركة ، والنفقات التى قام بها لمصلحة الجميع عن روية وبدون إسراف . ثانياً - من أجل الموجبات التى ارتبطت بها لمصلحة الجميع عن روية وبدون إسراف .

م ٨٧٤ : لا يحق للشريك القائم بالإدارة أن يتناول أجراً من أجل إدارته إلا إذا نص صريحاً على ذلك . ويطبق هذا الحكم على بقية الشركاء فيما يختص بالعمل الذى يملونه للمصلحة المشتركة أو بالخدمات الخاصة التى يقومون بها للشركة والتى لا تدخل فى موجباتهم كشركاء .

(وأحكام التقنين اللبنانى تنفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) انظر م ٨٧٤ لبنانى آنفاً فى نفس لفقرة فى الهامش .

مبالغ فيها بل كان الإتفاق عن حسن نية وتبصر ، فإنه يرجع على الشركة بما أنفق ، إما باعتباره وكيلًا وإما باعتباره فضوليًا . وفي الحالتين لا يقتصر على الرجوع بالمبالغ التي أنفقها ، بل يرجع أيضاً بفوائد هذه المبالغ بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقي ، من يوم أن دفعها^(١) . وشأن الشريك في ذلك شأن الوكيل (م ٧١٠ مدني) وشأن الفضولي (م ١٩٥ مدني)^(٢) .

٢١٦ - تصرف الشريك في حقه في الشركة - إشراك الغير في حقه

(الروبف croupier) : ويحسن تحديد حق الشريك في الشركة قبل الكلام في التصرف في هذا الحق . فليس حق الشريك في الشركة هو حصته في رأس المال ، فإن هذه الحصة قد قدمها للشركة فانتقلت ملكيتها منه إليها على النحو الذي قدمناه . فالشريك إذن لا يكون مالكا لحصته بعد تقديمها للشركة ، ومن ثم لا يستطيع أن يتصرف في هذه الحصة . وإنما حق الشريك في الشركة هو حق دائنية (droit de créance) يخول له أن يساهم في أرباح الشركة وأن يقسم رأس مالها مع سائر الشركاء بعد حلها وتصفيتها^(٣) . فهل يستطيع أن يتصرف في هذا الحق للغير ؟

الأصل أن الشريك إنما لوحظت فيه اعتبارات شخصية عند قبوله شريكاً ، فلا يجوز أن ينزل عن حقه في الشركة^(٤) ، بعوض أو بغير

(١) استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٣٣ .

(٢) بودري وقال ٢٣ فقرة ٢١٥ وفقرة ٢١٧ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٥ .

(٣) قارن بلانيول وريير وبولانجي ٢ فقرة ٢٠٧١ ، وينهبون إلى أن حق الشريك هو حق ملكية معنوية (propriété incorporelle) .

(٤) استئناف وطني ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٩٠ .

عوض ، لأجنبي يحل محله ويصبح شريكاً مكانه^(١) . وذلك ما لم يقبل سائر الشركاء هذا التنازل ويرتضوا الأجنبي شريكاً ، ويكون هذا تعديلاً في عقد الشركة يقتضى الموافقة عليه من جميع الشركاء كما قدمنا . وقد ينص عقد الشركة مقدماً على إمكان هذا التنازل ، ويشترط له شروطاً يذكرها ، كأن يشترط موافقة الشركاء^(٢) ، أو أن يعرض الشريك حقه على الشركاء قبل أن ينزل عنه لأجنبي^(٣) ، أو غير ذلك من الشروط .

فإذا استوفى الشريك الشروط الواجبة ، جاز له التصرف في حقه لأجنبي ، وأصبح الأجنبي شريكاً مكانه له جميع حقوق الشريك وعليه جميع واجباته . والتنازل في هذه الحالة يكون أقرب إلى حوالة الحق ، فحق الشريك قبل الشركة كما قدمنا حق دائنية (droit de créance) ، فيجب إعلان الشركة به أو قبولها له حتى يكون التنازل نافذاً في حقها ، ويجب أن

(١) ولكن هل يجوز للشريك أن يتنازل عن حقه لشريك آخر دون موافقة سائر الشركاء ؟ أجابت محكمة مصر بأن المادة ٤٤١ مدني (قديم) لا تمنع أحد الشركاء من أن يتنازل لشريك آخر عن حقوقه التي كسبها من الشركة ، كما لا تمنع أحد الشركاء من أن يقبل من زميله خروجه من الشركة مع تحمل الأول كل مسئوليات الثاني وكسبه لحقوقه (٢٨ مارس سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٤٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان نص العقد صريحاً في أنه ليس لأي شريك حق التنازل أو بيع حصته لأي شريك آخر إلا بموافقة جميع الشركاء كتابة ، فإنه يكون صحيحاً ما قرره الحكم من أنه لا يسوغ لأحد الشركاء أن يقبل ما طلبه شريك آخر من تعديل حصته في رأس المال مادام أن هذا الطلب لم يوافق عليه باقي الشركاء كتابة (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٩٧٥) . وانظر استئناف مخطط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٢٥ - ١٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٩ .

(٣) بون فقرة ٦٦١ - جيوارا فقرة ٢٥٥ - بودري وفال ٢٣ فقرة ٢٤٢ - فقرة ٢٤٤ - بلانيول وريير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٤٩ ص ٣٢٧ .

يكون القبول ثابت التاريخ حتى يكون التنازل نافذاً في حق الغير ، وهذه هي القواعد المقررة في حوالة الحق^(١) .

أما إذا لم يستوف الشريك الشروط الواجبة ، وتنازل مع ذلك عن حقه لأجنبي ، فإن التنازل يبقى قائماً بينه وبين الأجنبي^(٢) ، ولكنه لا يكون نافذاً في حق الشركة أو الشركاء . فيبقى الشريك المتنازل شريكاً في الشركة ويكون الأجنبي بعيداً عنها لا علاقة له بها ولا يجوز له التدخل في شؤونها ، ويتقاضى الشريك حقوقه من الشركة ويرجع عليه الأجنبي بهذه الحقوق ، والشريك وحده هو الذي يطالب الشركة بالاطلاع على دفاترها ومستنداتها ، وبقسمة أرباحها ، وهو وحده الذي يحق له الاعتراض على عمل من أعمال الإدارة عندما يجوز للشركاء الاعتراض على هذه الأعمال ، وهو الذي يطالب بنصيبه في رأس المال عند حل الشركة وتصفيتها . أما الأجنبي فلا يستطيع شيئاً من ذلك ، وإنما يرجع كما قدمنا على الشريك الذي تنازل له عن حقه ، وله أيضاً أن يرجع على الشركة باسم الشريك باعتباره دائماً له وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة فيطالب الشركة بحقوق الشريك لا بحقوقه هو^(٣) .

وكما أن الشريك لا يستطيع أن يتنازل عن حقه في الشركة إلا بموافقة سائر الشركاء على النحو الذي قدمناه ، كذلك لا ينتقل هذا الحق إلى ورثة الشريك بالميراث . وسرى فيما يلي أن الشركة تنتهي بموت أحد الشركاء (م ٥٢٨/١ مدني) ، وإن كان يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته

(١) جيوار في البيع ٢ فقرة ٧٩٤ - أوبري وروولمان ٦ فقرة ٢٨١ ص ٤٦ -

بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٤٩ - وقارن بودري وقال ٢٣ فقرة ٢٣٢ .

(٢) استئناف وطني ١٥ يونيو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٨ .

(٣) بودري وقال ٢٣ فقرة ٢٢٧ ص ١٤١ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١

فقرة ١٠٤٩ .

ولو كانوا قصرا ، كما يجوز الاتفاق على أن تستمر الشركة فيما بين الباقيين من الشركاء وفي هذه الحالة لا يكون لورثة الشريك إلا نصيبه في أموال الشركة (م ٥٢٨/٢ و ٣ مدني) ، وسيأتي بيان ذلك فيما يلي .

أما دائنو الشريك فليست لهم حقوق مباشرة على حق الشريك ، فليس لهم أثناء قيام الشركة أن يتقاضوا حقوقهم فيما يخص ذلك الشريك في رأس المال ، وإنما لهم أن يتقاضوها فيما يخصه في الأرباح . أما بعد تصفية الشركة فيكون لهم أن يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدينهم في أموال الشركة الصافية ، ويجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجر التحفظي على نصيب الشريك^(١) .

وإذا كان الشريك لا يحق له التصرف في حقه تصرفاً ينفذ في حق الشركة بدون موافقة الشركاء ، فإنه مع ذلك يستطيع بدون موافقة الشركاء أن يشرك غيره في حقه ، فيتخذ له رديفاً (croupier)^(٢) ، ولكن هذا الإشارك لا يكون نافذاً في حق الشركة ، وتقتصر آثاره على العلاقة فيما بين الشريك والرديف^(٣) . فإذا أشرك الشريك الرديف في حقه بمقدار النصف مثلاً ، قامت شركة من الباطن فيما بينهما ، وتكون شركة محاصة^(٤) . فيكون لكل

(١) انظر م ٥٢٥ مدني ، وسيأتي بيان ذلك فيما يلي .

(٢) الرديف هو من يركب خلف الراكب ، أي أن الراكب يردفه خلفه . ولفظ croupier (أي الرديف) بالفرنسية يشير إلى عادة قديمة عندما كان السفر على ظهور الخيل ، فيردف الفارس راكباً خلفه . ويستعمل اللفظ كثيراً في ألعاب الورق ونحوها ، فيشرك اللاعب رديفاً معه في الربح وفي الخسارة (جيوار فقرة ٢٦٣ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ ص ٣٢٨ هامش رقم ٣) .

(٣) وقد نصت المادة ٤٤١ / ٥٣٨ من التقنين المدني السابق على هذا الحكم إذ كانت تقول : « لا يجوز لأحد من الشركاء أن يسقط حقه في الشركة كله أو بعضه ، إلا إذا وجد شرط يقضي بذلك . وإنما يجوز له فقط أن يشرك في أرباحه غيره ، ويبقى هذا الغير خارجاً عن الشركة » . وليس في التقنين المدني الجديد نص مقابل ، ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة .

(٤) بودري وقال ٢٣ فقرة ٢٢٦ .

من الشريك والرديف نصف أرباح الشريك من الشركة ، ويكون على كل منهما نصف الخسارة^(١) . وإذا حلت الشركة وصفت ، وأعطى الشريك نصيبه من رأس المال ، اقتسم معه الرديف هذا النصيب منصفة . ولكن الرديف لا تكون له علاقة مباشرة بالشركة الأصلية ، فلا يطالبها بأرباح ، ولا تطالبه بخسارة ، ولا يستطيع أن يشترك في مداولاتها ، ولا في إدارتها ، وليس له حق الاعتراض على أعمال الإدارة ، ولا أن يطلب الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها ؛ ولا أن يتدخل في أى شأن من شؤونها ، وتبقى علاقته مقصورة على الشريك الذى كون معه الشركة من الباطن كما قدمنا . وهذا لا يمنع من رجوع الرديف على الشركة بطريق الدعوى غير المباشرة ، فيطالبها باسم الشريك بحقوق هذا الشريك فى الأرباح مثلا ، وبسائر الحقوق التى تكون للشريك قبل الشركة . كذلك للشركة أن ترجع بطريق الدعوى غير المباشرة على الرديف ، فتطالبه بوجه خاص باسم الشريك بالمساهمة فى خسائر الشركة^(٢) .

وعدم جواز تنازل الشريك عن حقه فى الشركة إنما يسرى أثناء قيام الشركة^(٣) . أما بعد حل الشركة ، فيجوز لكل شريك ، وقد أصبح مالكا على الشيوع لأموال الشركة ، أن ينزل عن حقه لأجنبي ، وأن ينييه عنه فى التصفية ، ولهذا الأجنبي أن يستعمل حقوق الشريك وأن يحل محله^(٤) .

(١) والرديف لا يكون مسئولاً عن إعسار باقى الشركاء ، ولا يلزم إلا بمقدار فائده من حصة الشريك الذى هو رديف له (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩) .
(٢) انظر فى كل ذلك بون فقرة ٦٢٣ - فقرة ٦٢٤ - لوران فقرة ٣٣٨ - جيوار فقرة ٢٦٢ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨١ ص ٤٥ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ٢٢٦ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٥٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٤٧٣ .

(٣) استئناف وطنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٩٠ - ٢٨ مارس سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٤٦ - ١٥ يونيو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٨ .
(٤) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٤ .

المبحث الثالث

حقوق دائتي الشركة والدائنين الشخصيين للشركاء

المطلب الأول

حقوق دائتي الشركة

٢١٧- **النصوص القانونية:** تنص المادة ٥٢٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى . ويكون باطلا كل اتفاق يعفى الشريك من المسؤولية عن ديون الشركة » .

« ٢ - وفي كل حال يكون لدائتي الشركة حق مطالبة الشركاء كل بقدر الحصة التي تخصصت له في أرباح الشركة » .
وتنص المادة ٥٢٤ على ما يأتي :

« ١ - لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك » .

« ٢ - غير أنه إذا أعسر أحد الشركاء ، وزعت حصته في الدين على الباقيين كل بقدر نصيبه في تحمل الخسارة » (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٥٢٣ : ورد هذا النص في المائتين ٧٠٦ و ٧٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وأصبح رقمها ٥٥١ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « يقضى بغير ذلك » ، واستمض عنها بعبارة « يعفى الشريك من المسؤولية »

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٥٢٢/٤٢٩ و ٥٤٣/٤٤٠ و ٥٤١/٤٤٤^(١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٩١ - ٤٩٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥١٦ - ٥١٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٤٣ - ٦٤٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٩٠٦ - ٩٠٨^(٢) .

= عن ديون الشركة « ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة تحت رقم ٥٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٧ - ص ٣٥٩) .

م ٥٢٤ : ورد هذا النص في المادة ٧٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة حور بعض تحويرات طفيفة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٥٥٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٠ - ص ٣٦٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٥٢٢/٤٢٩ : ما يستحقه أحد الشركاء على الشركة واجب أدائه له من جميع الشركاء ، فإن أعسر أحدهم وزع ما يخصه على باقى الشركاء .

م ٥٤٣/٤٤٠ : وإذا كان الشريك ماذوناً بالمعاملة مع الغير باسم الشركاء أو باسم الشركة ، كان كل واحد من الشركاء ملزماً لهذا الغير بحصة مساوية لحصة الآخر ، لا على وجه التضامن لبعضهم إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك .

م ٥٤١/٤٤٤ : ولهذا الغير في كل الأحوال مطالبة كل من الشركاء بقدر حصته في الربح الحاصل من العمل . (وأحكام التقنين السابق في مجموعها متفقة مع أحكام التقنين الجديد ، إلا أن فكرة الشخصية المعنوية للشركة لا تظهر ظهوراً واضحاً في نصوص التقنين القديم) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٩١ - ٤٩٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥١٦ (مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ مصرى) .

م ٥١٧ : ١ - يجوز لدائى الشركة أن يتمسكوا بحقوقهم على أموالها . ويكون الشركاء

الذين تعاملوا باسم الشركة وعلى حسابها مسئولين - نسامان شخصياً عن التزامات الشركة ، =

٢١٨ - حقوق دائني الشركة على أموال الشركة : لما كانت الشركة شخصاً معنوياً ، فأموالها ملك لها خاصة لا للشركاء . ومن ثم تكون هذه الأموال هي الضمان العام لدائني الشركة ، شأن الشركة في ذلك شأن كل

= ويكون مسئولاً أيضاً الشركاء الآخرون ما لم يوجد اتفاق يقضى بخلاف ذلك . ٢ - ويجب أن يعنى بإعلام الغير بذلك الاتفاق بالطرق المفيدة ، وإلا فقد قوة الاحتجاج به على من لم يعلمه . م ٥١٨ : عندما يطلب من الشريك الوفاء بديون الشركة ، يحق له أن يتمسك بتجريد أموال الشركة أولاً ، ولو كانت الشركة تحت التصفية ، مبنياً مقوماتها التي يستطيع الدائن استيفاء حقه منها بلا صعوبة .

م ٥١٩ : من دخل شريكاً في شركة تم تأسيسها يكون مسئولاً مع الشركاء الآخرين عن التزامات الشركة السابقة لاكتسابه صفة الشريك .

(ويختلف التقنين الليبي عن التقنين المصري : (١) في أن التقنين الليبي لم يذكر رجوع دائن الشركة على الأرباح التي حصل عليها الشريك من الشركة ، ولكن هذا الرجوع ليس إلا تطبيقاً لمبدأ الإثراء بلا سبب . (٢) وفي أن التقنين الليبي جعل الشركاء مسئولين في ما لهم الخاص إذا كانوا هم الذين تعاملوا مع الدائن وجعلهم متضامنين ، أما الشريك الذي لم يتعامل مع الدائن فيكون أيضاً مسئولاً ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك) .

التقنين المدني العراقي م ٦٤٣ - ٦٤٤ (موافق - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٢٨ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والمقود اللبناني م ٩٠٧ : لدائني الشركة أن يقيموا الدعاوى على الشركة المثلة في أشخاص مديريها وعلى الشركاء أنفسهم . على أن تنفيذ الحكم الذي يصدر في مصلحتهم يجب أن يتناول أولاً مملوكات الشركة . وتكون لهم الأولوية في هذه الأموال على دائني الشركة الخصوصيين .

م ٩٠٨ : إذا لم تكف أموال الشركة ، أمكنهم أن يرجعوا على الشركاء لاستيفاء ما بقى لهم من الدين على الشروط التي يقتضيها نوع الشركة . ويجوز حينئذ لكل من الشركاء أن يدلى ، تجاه الشركة ، بأوجه الدفاع المختصة به من وبالشركة أيضاً ، وتدخل المقاصة في ذلك .

م ٩٠٦ : من يدخل في شركة مؤسسة يرتبط على القدر الذي يستلزمه نوعها بالموجبات التي عقدت قبل دخوله فيها وإن يكن اسم الشركة أو عنوانها قد تغير . وكل اتفاق مخالف يكون لغوا بالنظر إلى الغير .

انظر أيضاً المواد ٩٠١ - ٩٠٥ من تقنين الموجبات في المقود اللبناني .
(وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

مدین . ویکون لدائنی الشریکة أن یتقاضوا حقوقهم من أموال الشریکة بالطرق القانونیه المقررة ، ولا یزاحمهم فی ذلك الدائنون الشخصیون للشركاء لأن أموال الشریکة لیست للشركاء كما قدمنا . وإذا كانت أموال الشریکة لا تقي بجميع حقوق دائئیها ، قسمت هذه الأموال بینهم قسمة الغرماء ، مع مراعاة حقوق الدائئین الذین لهم قانونا التقدّم علی سائر الدائئین .

ولا یجوز لدائن الشریکة أن ینفذ بحقه علی أموال الشركاء الخاصّة قبل أن ینفذ علی أموال الشریکة ، وإلا كان للشركاء حق طلب التجريد^(١) . فدائن الشریکة یتقاضی حقه أولاً من أموال الشریکة ، فإن بقى له شیء رجع به فی أموال الشركاء الخاصّة^(٢) علی النحو الذی سنبینه .

٢١٩ - حقوق دائئی الشریکة علی أموال الشركاء الخاصّة : فإذا فرض

أن دائئاً للشریکة بمبلغ ألفین لم یستوف من مال الشریکة غیر ألف ، فإنه یرجع بالألف الباقیة علی الأموال الخاصّة للشركاء . ونفرض أن الشركاء أربعة ، وأن أنصبتهم فی خسائر الشریکة متساویة ، فیکون لدائن الشریکة فی هذه الحالة أن یرجع علی کل من الشركاء الأربعة بنسبة نصیبه فی خسائر الشریکة (م ٥٢٣ / ١ مدنی) ، فیرجع علی کل منهم بمائتین وخمسين^(٣) .

ولا یکون هؤلاء الشركاء الأربعة متضامین نحو دائئ الشریکة ،

(١) انظر م ٥١٨ لیسی آنفاً فقرة ٢١٧ فی الهامش .

(٢) المذکرة الإيضاحیة للمشروع التمهیدی فی مجموعة الأعمال التحضیریة ٤ ص ٣٥٧ - ص ٣٥٨ .

(٣) وهذا هو الحکم حتی لو كان أحد هؤلاء الشركاء دخل الشریکة بعد تأسیسها وكان حق الدائن علی الشریکة قد ثبت قبل دخول هذا الشریک (انظر م ٥١٩ لیسی آنفاً فقرة ٢١٧ فی الهامش) .

إلا إذا كان التضامن مشروطاً ، فعندئذ يستطيع الدائن أن يرجع على أى من الشركاء بالألف كلها ويرجع من دفع الألف على سائر الشركاء كل يقدر حصته طبقاً لقواعد التضامن . أما إذا كان التضامن غير مشروط (١) ، فإن دائن الشركة لا يرجع على كل شريك إلا بمائتين وخمسين كما قدمنا (م ٥٢٤ / ١ مدنى) ، ولكن إذا أعسر أحد هؤلاء الشركاء فلم يستطع دائن الشركة أن يتقاضى منه شيئاً ، فإن حصته فى الدين ، وهى مائتان وخمسون ، توزع على الثلاثة الباقين كل بقدر نصيبه فى تحمل الخسارة (م ٥٢٤ / ٢ مدنى) . فيرجع دائن الشركة على كل من الثلاثة الباقين بثلاثمائة وثلاثين وثلث ، ويكون الشركاء هم الذين تحملوا تبعة إعسار صاحبهم ، ولم يتحمل الدائن هذه التبعة ، وهذه هى إحدى فوائد التضامن أثبتها القانون لدائن الشركة دون أن يثبت له بقية الفوائد . وإذا أعسر شريكان من الأربعة ، وزع نصيباهما على الاثنين الباقين ، ورجع دائن الشركة على كل من هذين الاثنين بخمسمائة .

وقد يتفق الشركاء على أن يكون نصيب كل منهم فى مسئوليته عن ديون الشركة فى ماله الخاص غير نصيبه فى تحمل خسائر الشركة ، فيكون نصيب الشريك فى تحمل خسائر الشركة مثلاً الربع ونصيبه فى المسئولية عن ديون الشركة الثلث ، وعند ذلك يراعى هذا الاتفاق ، ويرجع دائن الشركة على هذا الشريك بثلث ما بقى من حقه لا بالربع فقط .

ويلاحظ أن دائن الشركة إذا رجع على أحد الشركاء فى ماله الخاص بنسبة معينة وفقاً للقواعد المتقدم ذكرها ، زاحه الدائنون الشخصيون لهذا الشريك ، لأن المال مملوك لمدينهم فيدخل فى ضمانهم . فإذا لم يف مال الشريك الخاص بمحقوق دائن الشركة ودائنيه الشخصيين ، فأنقص من

حق دائن الشركة يرجع به هذا على بقية الشركاء، كل بقدر نصيبه في الخسارة ، لأن هذا إعسار جزئي من أحد الشركاء يتحمله الباقيون بهذه النسبة كما سبق القول .

ولا يجوز أن يتفق الشركاء على إعفاء أحدهم من مسؤوليته في ماله الخاص عن ديون الشركة ، ويكون هذا الاتفاق باطلا ، ولا يستطيع الشريك الذي أعفى أن يتمسك بهذا الإعفاء ، لا قبل دائن الشركة ولا قبل سائر الشركاء . والبطلان هنا لنفس الأسباب التي سبق ذكرها عند الكلام في بطلان شركة الأسد^(١) . وإنما يجوز كما قدمنا أن يتفق الشركاء على أن يكون نصيب شريك منهم في مسؤوليته عن ديون الشركة في ماله الخاص أقل أو أكبر من نصيبه في تحمل خسائر الشركة .

٢٢٠ - حق دائن الشركة على بعض الشركاء في الأرباح :

على أن هناك جزءاً من أموال الشركاء الخاصة يتميز بأن دائن الشركة يستطيعون أن ينفذوا عليه كله دون تقييد بنصيب الشريك في مسؤوليته عن الديون ، وذلك هو ما يصيب الشريك من أرباح الشركة . ذلك أن الشريك لا يجرز أن يخلص له ربح من الشركة قبل أن يستوفي دائنو الشركة حقوقهم كاملة ، وإلا كان مثرياً على حساب الدائنين . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٥٢٣ مدني ، ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص : « يطابق هذا النص ما ورد بالمادة ٤٤٤ / ٥٤١ من التقنين الحالي (السابق) . والحكم الراود به هو تطبيق للقواعد العامة ، إذ لا يجوز أن يثرى شخص بلا سبب على حساب الغير . وعلى ذلك يجوز

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

دائماً للدائن أن يرجع على الشريك بقدر ما عاد عليه من أرباح الشركة» (١) .

ونفرض . تطبيقاً لهذا النص ، أن شريكاً نصيبه في خسائر الشركة هو الثلث ، وقد حصل من أرباحها على أربعمئة . وأن دائماً للشركة بقى له من حقه بعد أن استنفد مال الشركة ستمائة . فالدائن له أن يرجع في هذه الحالة على هذا الشريك في ماله الخاص بثلث ما بقى للدائن ، أى بمائتين . ولكن الدائن يستطيع أيضاً أن يرجع على الشريك بالأربعمئة كلها التي حصل عليها الشريك من أرباح الشركة ، لأن هذا الجزء من مال الشريك الخاص مستول عن كل ما بقى من ديون الشركة كما قدمنا . فإذا استوفى الأربعمئة من الشريك لم يرجع عليه بشيء آخر لأنه استوفى أكبر القيمتين ، قيمة الثلث وقيمة نصيب الشريك من الأرباح . ويرجع دائن الشركة على بقية الشركاء بالمائتين الباقيتين بعد أن استوفى الأربعمئة ، ويستطيع هنا أيضاً أن يستوفى المائتين من أنصبة بقية الشركاء في الأرباح على النحو الذي قدمناه .

ويلاحظ أن دائن الشركة إذا رجع فيما بقى له من حقه على نصيب شريك في أرباح الشركة ، فإن هذا النصيب وهو مملوك للشريك يزاحمه فيه دائنو الشريك الشخصيون . ففي المثل المتقدم إذا رجع الدائن بالستمائة الباقية له على الشريك في الأربعمئة التي هي نصيبه في الربح ، ولم يكن للشريك مال خاص غير ذلك ، وكان له دائن شخصي بستمائة ، زاحم هذا الدائن دائن الشركة في الأربعمئة ، وأخذ كل منهما مائتين . ويرجع دائن الشركة بما بقى له بعد ذلك على الشركاء الآخرين وفقاً للقواعد التي تقدم ذكرها .

ويرجع الدائن على الشريك فيما حصل عليه من أرباح الشركة بسبب

العقد الذى أبرمه الدائن مع الشركة ، حتى لو كان هذا الدائن قد تعاقد مع مدير للشركة جاوز حدود سلطته أو مع شخص ليست له سلطة الإدارة أصلاً . فما دام هذا التعاقد قد عاد بربح على الشريك ، كان للدائن أن يرجع عليه بمقدار هذا الربح ، إذ يكون الشريك قد أثرى على حساب الدائن فتنتطبق قواعد الإثراء بلا سبب . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وينطبق هذا النص على حالة الشريك الذى تعدى سلطته فى الإدارة أو الذى لم تكن له سلطة الإدارة ، ولكنه تعاقد باسم الشركة ، ففى الحالتين لا يسأل الشركاء إلا إذا كان قد عاد عليهم ربح من عمل هذا الشريك ، وبقدر هذا الربح » (١) .

المطلب الثانى

حقوق الدائنين الشخصيين للشركاء

٢٢١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٢٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا كان لأحد الشركاء دائنون شخصيون ، فليس لهم أثناء قيام للشركة أن يتقاضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك فى رأس المال ، وإنما لهم أن يتقاضوها مما يخصه من الأرباح . أما بعد تصفية الشركة فيكون لهم أن يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدينهم فى أموال الشركة بعد استئزال ديونها ، ومع ذلك يجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظى على نصيب هذا المدين » (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٥٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٦٢ - ص ٣٦٣) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكنه متفق مع القواعد العامة .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٤٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٢٠ - ٥٢١ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٤٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٩٠٩ (١) .

٢٢٢ - لا يفوق للمدعي التفتين على أموال الشركة : الدائن الشخصي للشريك لا حقوق له على مال الشركة ، إذ أن هذا المال ملك للشركة لا للشريك مدنيه كما سبق القول . فهو لا يستطيع أن ينفذ على

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي ٥٢٠ : ١ - يجوز لدائن الشريك الشخصي أن يتسك بحقه في الأرباح المستحقة للمدين مادامت الشركة قائمة ، وأن يتخذ الإجراءات التحفظية على الحصة التي تقول لمدينه من التصفية . ٢ - وإذا لم تكن أموال المدين الأخرى كافية لاستيفاء حقوقه ، فيجوز للدائن الشخصي أن يطالبه كذلك في أى وقت بتصفية حصة مدنيه . ويجب أن تصفى الحصة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الطلب ما لم يتقرر حل الشركة .

م ٥٢١ : لا تجرى المقاصة بين ما تطلبه الشركة من ديون على شخص أجنبي عن الشركة وما يطلبه هو من ديون على الشريك .

(والتقنين الليبي يختلف عن التقنين المصري في أن الدائن الشخصي للشريك يستطيع في التفتين الليبي إذا لم يجد وفاء لحقه في الأموال الخاصة لمدينه أن يطلب تصفية حصة هذا الشريك) .

التقنين المدني العراقي م ٦٤٥ (مطابق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٩٠٩ : لا يجوز لدائن أحد الشركاء الشخصيين أن يستعملوا حقوقهم مدة قيام الشركة إلا في قسم هذا الشريك من الأرباح المحققة بحسب الموازنة ، لا في حصته في رأس المال . وبعد انتهاء الشركة أو حلها يحق لهم أن يستعملوا تلك الحقوق في حصته من ممتلكات الشركة بعد إسقاط الديون . بيد أنه يجوز لهم أن يلقوا حجزاً احتياطياً على هذه الحصة قبل كل تصفية .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

مال للشركة ، ولو بقدر حصة مدينه في رأس المال . وإذا كان مديناً للشركة فإنه لا يستطيع أن يقاص الدين الذى عليه للشركة بالدين الذى له في ذمة الشريك ، فهو مدين للشركة ودائن للشريك ، والشريك غير الشركة ، فلا تقع المقاصة (١) .

على أن الدائن الشخصى للشريك يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه الشريك قبل الشركة بطريق الدعوى غير المباشرة . فيستطيع مثلاً أن يطالب باسم الشريك بنصيب هذا في أرباح الشركة ، وإذا كان الشريك دائناً للشركة بحق آخر استطاع دائنه أن يطالب باسمه الشركة بهذا الدين . ويجوز للشريك كذلك أن يوقع حجزاً تحفظياً تحت يد الشركة على ما يكون للشريك من حقوق في ذمتها ، كنصيبه في الأرباح أو ديون أخرى .

٢٢٣ - مفهوم الدائنين الشخصيين على أموال الشريك الخاصة المستمرة

من الشركة : وللدائن الشخصى للشريك بداهة أن ينفذ على الأموال الخاصة للشريك مدينه ، فهذه الأموال ضمانه العام . وهو في تنفيذه على هذه الأموال يزاحمه فيها دائن الشركة إذا كان لهذا حق الرجوع على أموال الشريك الخاصة وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ويجوز لدائن الشريك أن ينفذ على أموال الشريك الخاصة التى يستمدّها من الشركة ، فيجوز له أن ينفذ على الأرباح التى يقبضها الشريك من الشركة ، وزاحمه فيها دائماً دائن الشركة بما يتبقى له من حقوق يرجع بها على أموال الشريك الخاصة ، وقد سبق بيان ذلك .

وإذ صفت التركة أصبح رأس مالها ملكاً شائعاً بين الشركاء ، وأصبح للشريك المدين جزء شائع في هذا المال يدخل ضمن أمواله الخاصة . ومن

(١) انظر هذا المعنى م ٥٢١ من التقنين الليبى الفقرة ٢٢١ في الهامش .

ثم يملك دائته الشخصى فى هذه الحالة أن ينفذ بحقه على هذا الجزء الشائع ، ولا تتصور مزاحمة دائنى الشركة له فى هذا الجزء ، فإن التصفية تقتضى أن تكون ديون الشركة قد وفيت جميعاً وما بقى من مال الشركة فهو ملك خالص للشركاء . على أن دائن الشريك يستطيع قبل ائتمانية وسداد ديون الشركة أن يتخذ الإجراءات التحفظية بالنسبة إلى حصة الشريك المدين ، فيحجز مثلاً حجزاً تحفظياً تحت يد المصفى على حصة الشريك ، حتى إذا صفيت الشركة وسددت ديونها كان له أن ينفذ على هذه الحصة بعد أن أصبحت ملكاً خالصاً للمدين (١) .

(١) وهذه الأحكام قد نصت عليها المادة ٢٥ هـ مدنى سالفه الذكر . وتقول المأكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « إذا قامت الشركة باستيفاء الوضع القانونى الصحيح ، كانت لها شخصية معنوية مستقلة عن الشركاء ، وذمة منصلة عن ذمتهم . وأموال الشركة تعتبر ضماناً عاماً لدائنها وحدهم ، كما أن ذمة الشريك هى الضمان العام لدائنيه الشخصيين . وحقوق الشريك قبل الشركة ، إن كانت تدخل فى ذمته ، إلا أنها متدرجة فى الشركة . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لدائنى الشريك أثناء قيام الشركة أن يزاحموا دائنيها ، فإذا ما انحلت الشركة وتمت التصفية جاز لدائنى الشريك التنفيذ على حصته . على أنه يجوز لدائنى الشريك أثناء قيام الشركة : (١) أن ينفذوا بديونهم على حصته من الأرباح . (٢) أن يتخذوا الإجراءات التحفظية ، سواء فيما يتعلق بنصيبه فى الأرباح أو حصته فى الشركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٢) .

الفصل الثالث

انقضاء الشركة

٢٢٤ - أسباب انقضاء الشركة ونهضتها : هناك أسباب تنقضي بها الشركة ، فإذا ما انقضت صفيت أموالها وقسمت ما بين الشركاء . أما القسمة فلا تكون إلا بعد التصفية ، وقد أصبح المال شائعاً بين الشركاء ، فتتبع في قسمته القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع (م ٥٣٧ مدني) .

والكلام في قسمة المال الشائع يكون عند الكلام في الملكية على الشيوع .
فيبقى أن نبحت موضوعين : (١) أسباب انقضاء الشركة (٢) تصفية الشركة .

الفرع الأول

أسباب انقضاء الشركة

٢٢٥ - نواعها من الأسباب : هناك أسباب إذا قامت انقضت الشركة من تلقاء نفسها بحكم القانون ، وهناك أسباب أخرى تبيح لكل شريك أن يطلب من القضاء حل الشركة .

المبحث الأول

أسباب انقضاء الشركة من تلقاء نفسها بحكم القانون

٢٢٦ - أسباب ترجع إلى محل الشركة وأسباب ترجع إلى الشركاء :

الأسباب التي تنقضي بها الشركة من تلقاء نفسها بحكم القانون بعضها يرجع إلى محل الشركة من عمل تقوم به أو مال تستأله ، وبعضها يرجع إلى الشركاء

أنفسهم إذا مات أحدهم أو حجب عليه أو أعسر أو أفلس أو انسحب
من الشركة .

المطلب الأول

أسباب الانقضاء التي ترجع إلى محل الشركة

٢٢٧ - انتهاء الميعاد أو العمل وهلاك المال : محل الشركة هو
العمل الذي تقوم به والمال الذي تستغله في هذا العمل . فإذا زال عدا
المحل زالت الشركة بزواله من تلقاء نفسها بحكم القانون . فنستعرض إذن :
(١) انتهاء ميعاد الشركة أو انتهاء عملها (٢) هلاك مال الشركة .

٢٢٨ - انتهاء ميعاد الشركة أو انتهاء عملها - نص قانوني :
تنص المادة ٢٦٥ من التقنين المدني على ما يأتي :
« ١ - تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو بانتهاء العمل الذي
قامت من أجله » .

« ٢ - فإذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء
يقومون بسمل من نوع الأعمال التي تألفت لها الشركة ، امتد العقد سنة
فسنة بالشروط ذاتها » .

« ٣ - ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد ،
ويترتب على اعتراضه وقف أثره في حقه (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٠ (أوب) والمادة ٧١١ من المشروع
التهديدي على الوجه الآتي م ٧١٠ (أ و ب) : « تنتهي الشركة بأحد الأمور الآتية : (أ) بانقضاء
الميعاد المحدد للشركة (ب) بانتهاء العمل الذي قامت الشركة من أجله - م ٧١١ : « ١ - إذا مد
أجل الشركة بعد انقضاء المدة المحددة لها ، كانت هناك شركة جديدة ، أما إذا حصل المد قبل
انقضاء المدة المحددة كان ذلك استمراراً للشركة الأولى . ٢ - إذا انقضت المدة المحددة للشركة ، -

= أو انتهى العمل الذى قامت الشركة من أجله ، ثم استمر الشركاء يقومون بأعمال من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة ، كان هناك امتداد ضمنى للشركة ، من سنة إلى سنة ، بالشروط الأولى ذاتها . ٣- يجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على امتداد الشركة ويترتب على اعتراضه وقف أثر الامتداد فى حقه . وفى لجنة المراجعة عدلت هذه النصوص حتى أصبحت مطابقة لما استقرت عليه المادة ٥٢٦ فى التقنين المدنى الجديد ، وذلك تحت رقم ٥٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٥ - ص ٣٦٦ - وص ٣٧٠ - ٣٧١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٤٥/٤٤٢ أولاً وثانياً : تنهى الشركة بأحد الأمور الآتية :

أولاً - بانقضاء الميعاد المحدد للشركة .

ثانياً - بانتهاء العمل الذى انمعدت الشركة لأجله . (وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٩٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٢٢ (ا و ب) : تنحل الشركة للأسباب التالية :

(أ) بانقضاء الميعاد المعين لها .

(ب) ببلوغها غرضها المشترك أو استحالة تحقيقه .

م ٥٢٣ : ١ - تمتد الشركة ضمناً ولأجل غير معين إذا استمر الشركاء فى القيام بأعمال الشركة بعد انقضاء المدة التى عينت لها . ٢ - ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد ، ويترتب على اعتراضه وقف أثره فى حقه . (ويختلف التقنين الليبى عن التقنين المصرى فى أن التجديد الضمنى فى التقنين الليبى يجعل مدة الشركة غير معينة ، أما فى التقنين المصرى فيجعلها سنة فسخة) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٤٦ (ا و ب) وم ٦٤٧ (موافق - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٢ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والمقود البنائى م ٩١٠ (أولاً وثانياً) : تنهى الشركة : أولاً : بحلول الأجل المعين لها أو بتحقيق شرط الإلغاء . ثانياً - إتمام الموضوع الذى عقدت لأجله أو باستحالة إتمامه .

م ٩١٢ : إن الشركة المنحلة حتماً بانقضاء المدة المقيمة لها أو إتمام الغرض الذى عقدت لأجله ، بعد أجلها عدداً تمديداً ضمناً إذا داوم الشركاء على الأعمال التى كانت موضوع الشركة بعد حلول الأجل المتفق عليه أو إتمام العمل المقودة لأجله ، ويكون هذا التجديد الضمنى سنة فسخة .

وبمخلص من هذا النص أن الشركة قد يتحدد وقت قيامها بمدة معينة أو بعمل معين . فإذا انتهت هذه المدة أو فرغت الشركة من هذا العمل ، انقضت الشركة بمجرد انتهاء المدة أو بمجرد الفراغ من العمل . فإذا تألفت شركة وحددت مدتها بعشر سنين مثلاً ، فبانتهاؤه عشر السنين تنقضى الشركة^(١) . وإذا تألفت لبيع أراضٍ محددة . وفرغت من بيع كل هذه الأراضى ، انتهى عملها فانقضت . وتنقضى الشركة في الحالتين ، ولو كان هذا ضد رغبة الشركاء ، وما عليهم إذا أرادوا الاستمرار في العمل إلا أن يتفقوا على إنشاء شركة جديدة^(٢) .

على أنه إذا تحدد لقيام الشركة مدة معينة ، وقبل انتهاء هذه المدة اتفق الشركاء جميعاً على مدتها ، امتدت الشركة ذاتها إلى ما بعد المدة المحددة بمقدار ما امتد منها^(٣) . فإذا كانت مدة الشركة خمس سنوات مثلاً ، وبعد

م ٩١٢ : يحق لدائى أحد الشركاء المخصوصين أن يعترضوا على تمديد أجل الشركة . هل أنه لا يكون لهم هذا الحق إلا-إذا كان مبلغ دينهم معيناً بموجب حكم اكتسب صفة القضية المحككة . وهذا الاعتراض يوقف حكم تمديد الشركة بالنظر إلى المعارضين ، ويجوز لسائر الشركاء أن يقرروا إخراج الشريك الذى من أجله وقع الاعتراض . وقد عينت المادة ٩١٨ مفاعيل هذا الإخراج . (وأحكام التقنين اللبنانى في مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين اللبنانى يشترط لاعتراض دائن الشريك على تجديد الشركة تجديداً ضميناً أن يكون بيده حكم قد كسب قوة الأمر المقضى ، ولا يشترط التقنين المصرى ذلك) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وفقاً للمادة ٤٤٥ من القانون المدنى القديم تنهى الشركة بانقضاء الميعاد المحدد لها بقوة القانون ، فإذا أراد الشركاء استمرار الشركة وجب أن يكون الاتفاق على ذلك قبل انتهاء الميعاد المعين فى العقد ، أما إذا كانت المدة قد انتهت دون تحديد فلاسبيل إلى الاستمرار فى عمل الشركة القديمة إلا بتأسيس شركة جديدة ، ولا يغير من ذلك أن يكون قد نص فى عقد الشركة الجديدة على أن الفرض منها هو الاستمرار فى الشركة السابقة (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٥ ص ١١٦٣) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٧ .

(٣) وقد تحدد مدة للشركة فى عقد تأسيسها ، وينص فى هذا العقد أنه إذا انقضت هذه

المدة دون أن يخطر فى قوت معين أحد الشركاء الآخرين بانتهاء الشركة امتدت الشركة =

أربع سنوات اتفق الشركاء على مد المدة ثلاث سنوات أخرى ، بقيت الشركة قائمة إلى أن تنتهى الثمانو السنوات ، خمس هى المدة الأصلية وثلاث امتدت لها الشركة . أما إذا انتهت الخمس السنوات ، فانقضت الشركة بانتهائها ، وأراد الشركاء الاستمرار فى العمل ، فإن الشركة التى يؤلفونها عند ذلك تكون شركة جديدة غير الشركة الأولى ، وتحتاج فى إنشائها إلى إعادة الإجراءات من كتابة ونشر وغير ذلك . وكذلك إذا انتهى العمل الذى ألفت من أجله الشركة ، بأن فرغت الشركة مثلاً من بيع الأراضى المحددة التى تألفت لبيعها ، وأراد الشركاء الاستمرار فى العمل بشراء أراض جديدة وبيعها ، كانت الشركة التى يؤلفونها عند ذلك هى أيضاً شركة جديدة غير الشركة الأولى^(١) .

فامتداد الشركة إذن غير تجديدها : الامتداد هو استمرار للشركة

= إلى مدة أخرى مساوية للمدة الأولى . فى هذه الحالة تمتد الشركة مدداً متوالية إلى أن يخطر أحد الشركاء الشركاء الآخرين فى الميعاد بانتهاء الشركة (استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٨٩) . فإذا لم يكن هناك ميعاد محدد للإخطار ، جاز لكل شريك أن يخطر الباقى بانتهاء الشركة فى أى وقت قبل انقضاء المدة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٦٣) .

(١) بودرى وقال ٢٣ فقرة ٣٧٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المهمة ٢ فقرة ٥١٧ - وقد يكون للشركة عمل معين وتتحدد لها مدة معينة على وجه تقريبي باعتبار أن هذا هذا العمل لا يستغرق عادة مدة أطول ، فتبقى الشركة فى هذه الحالة إلى أن ينتهى العمل ولو جاوز ذلك المدة المعينة ، لأن الاتفاق يجب تفسيره وفقاً لنية المتعاقدين . كذلك يكون للشركاء الاتفاق على تقصير الأجل ، فيتفقون على حل الشركة قبل انتهاء أجلها . وتنحل الشركة قبل حلول أجلها كذلك إذا اجتمعت كل الحصص فى يد شخص واحد (استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٥ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٤ ص ٦٣ - فورينيه فقرة ١٢٩ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٥٢ ص ٣٣١ - وتنص المادة ٥٢٢ هـ) من التقنين المدنى الليسى على أنه : « تنحل الشركة للأسباب التالية . . . (هـ) إذا زال تعدد الشركاء ولم يكون من جديد خلال ستة أشهر » . انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع: التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٧ .

الأصلية ، أما التجديد فإنشاء شركة جديدة غير الشركة الأصلية . والتجديد إما أن يكون تجديداً صريحاً أو تجديداً ضمناً كما في عقد الإيجار . فالتجديد يكون صريحاً إذا اتفق الشركاء صراحة ، بعد انتهاء الشركة الأصلية بانقضاء مدتها أو انتهاء عملها ، على إنشاء شركة جديدة تمضي في نفس الأعمال التي كانت الشركة الأصلية تقوم بها . ويكون التجديد ضمناً إذا انتهت مدة الشركة أو انتهى عملها ، ومع ذلك استمر الشركاء يقومون بأعمال من نوع الأعمال التي تألفت لها الشركة . ويختلف التجديد الضمني عن التجديد الصريح في شيئين : (أولاً) يعتبر استمرار الشركاء في العمل في التجديد الضمني اتفاقاً على إنشاء الشركة الجديدة ، فلا حاجة إلى اتفاق صريح مكتوب كما في التجديد الصريح^(١) ، ولكن يجب النشر في التجديد الضمني كما في التجديد الصريح . (ثانياً) في التجديد الصريح يتفق الشركاء على مدة الشركة الجديدة ، أما في التجديد الضمني فقد تكفل المشرع بتحديد هذه المدة إذ تنجدد الشركة الأصلية سنة فسنة بالشروط ذاتها^(٢) . وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٧١١ من المشروع التمهيدى واضحة في هذا المعنى ، إذ كانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا مد أجل الشركة بعد انقضاء المدة المحددة لها ، كانت هناك شركة جديدة . أما إذا حصل المد قبل انقضاء المدة المحددة ، كان ذلك استمراراً للشركة الأولى^(٣) » .

(١) ولكن تسرى القواعد العامة في الإثبات (بودرى وقال ٢٣ فقرة ٣٧٣) .

(٢) انظر م ٢/٥٢٦ مدني ، ويلاحظ أن هذا النص يقول : « امتد العقد » ، والمقصود

أنه يتجدد .

(٣) انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى

في هذا الصدد : « هذا النص خاص بالشركات المحددة المدة . وقد اهتم المشروع ، تفادياً للتزاع القائم في الفقه والقضاء ، بتحديد الحالات التي يمتد فيها عقد الشركة ، وتلك التي ينتهي فيها وتقوم بدلها شركة جديدة . . . فتستمر الشركة الأولى قائمة إذا كان الامتداد قد حصل قبل انقضاء الأجل المتفق عليه . فإن كان قد اتفق على الامتداد (اقرأ التجديد) بعد انقضاء المدة المحددة ، =

وسواء امتدت الشركة أو تجددت ، فإن الدائن الشخصي للشريك ، إذا لم يجد في الأموال الخاصة لمدينه وفاء بحقه ، كان له أن يعترض على الامتداد أو التجديد ، وأن يطلب تصفية نصيب مدينه في الشركة حتى يتمكن من التنفيذ عليه . فيقف أثر الامتداد أو التجديد في حق دائن الشريك ، بل إن الامتداد أو التجديد لا يتم في هذه الحالة بين باقى الشركاء إلا باتفاق جديد يصدر منهم . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٦ مدنى كما رأينا (١) .

٢٢٩ - هـوك مال الشركة - نص قانونى : تنص المادة ٥٢٧ من

التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - تنتهى الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها » .

« ٢ - وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئاً معيناً بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه ، أصبحت الشركة منحلة فى حق جميع الشركاء (٢) » .

= فإن الشركة التى تقوم بعد ذلك هى شركة جديدة متميزة عن الأولى ، لأن انقضاء الشركة يقع بحكم القانون بمجرد حلول أجلها . كذلك فى حالة الامتداد (اقرأ التجديد) الضمنى عن طريق الاستمرار فى العمليات بعد انتهاء المدة ، تقوم شركة جديدة بنفس الشروط ، كما هو الحال بالنسبة للإيجار المجدد . . . ولكن النص يحدد مدة الشركة الجديدة بسنة واحدة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٩ - ص ٣٧٠) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « والفقرة الثالثة مقتبسة من المادة ٨٩٣ من تقنين طنجة والمادة ٩١٣ من التقنين اللباني . وإذا كان دائن الشريك لا يستطيع قبل حصول القسمة (اقرأ التصفية) أن ينفذ بحقه على نصيب الشريك ، فلا أقل من أن نسمح له بأن يمنع الشريك من أن يؤخر استماله لحقه فى التنفيذ على أموال المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٠) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧١٠ (ح) والمادة ٧١٢ من المشروع

التمهيدى على الوجه الآتى :

= م ٧١٠ (>) : « تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (>) هلاك جميع مال الشركة أو هلاك جزء كبير منه بحيث لا تبقى هناك فائدة في بقاء الشركة » . م ٧١٢ : « ١ - إذا كان أحد الشركاء قد تعهد أن يقدم إلى الشركة شيئاً معيناً بالذات ، وهلك هذا الشيء قبل تقديمه إلى الشركة ، أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء . ٢ - وتحل الشركة أيضاً في جميع الأحوال بهلاك الشيء المعين إذا كان ما قدمه الشريك هو مجرد الانتفاع بذلك الشيء مع احتفاظه بالملكية لنفسه » . وفي لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٥٥٥ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٢ - ص ٣٧٤) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق م ٤٤٥/٤٤٢ ثالثاً : تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : (ثالثاً) هلاك جميع مال الشركة أو هلاك معظمه بحيث لا تمكن إدارة عمل زافع بالباقي . (وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٩٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٢٢ (>) : تنحل الشركة للأسباب الآتية : (>) هلاك مالها كلياً أو بقدر جسيم بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها .

م ٥٢٧... ٢ - وكذلك يجوز فصل الشريك إذا قدم حصته عملاً في الشركة أو على أساس الانتفاع بشئ ما إذا أصبح غير صالح للقيام بعمله أو هلك الشيء الذى قدمه لسبب خارج عن المديرين . ٣ - كما يجوز فصل الشريك الذى التزم بتقديم ملكية شئ إذا هلك ذلك الشيء قبل اكتساب ملكيته من قبل الشركة . (ويختلف التقنين الليبى عن التقنين المصرى في أن التقنين الأول يقضى بأنه إذا هلك حصّة الشريك قبل تسليمها أو هلك الشيء المتفع به ولو بعد تسليمه ، فإن الشريك وحده هو الذى يفصل ولا تنحل الشركة) .

التقنين المدنى العراقى ٦٤٦ (>) : تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : (>) هلاك جميع مال الشركة أو هلاك جزء كبير منه بحيث لا تبقى هناك فائدة من بقاء الشركة . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩١٠ (ثالثاً) : تنتهى الشركة . . (ثالثاً) هلاك المال المشترك أو هلاك قسم وافر منه لا يتسنى بعده القيام باستثمار مفيد .

م ٩١١ : إذا قدم أحد الشركاء للشركة حق الانتفاع بشئ معين ، فهلاك هذا الشيء قبل تسليمه أو بعده يقضى بحل الشركة بين الشركاء . ويجرى حكم هذه القاعدة عند ما يستحيل على الشريك الذى وعد بتقديم صنعه أن يقوم بالعمل . (وأحكام التقنين اللبنانى في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

ويخلص من هذا النص أن الشركة تنقضي بهلاك مالها ، بأن يتلف أو يضيع أو تستنفده الخسائر^(١) ، دون أن يتفق الشركاء على تعويض ما هلك منه بزيادة الحصص ، ودون أن تعوض الشركة عن الهلاك^(٢) .

فإذا هلك مال الشركة على هذا الوجه^(٣) ، لم تجد ما تستطيع أن تستمر به في أعمالها ، ويتحتم أن تنقضي بمجرد هلاك المال . وليس من الضروري أن يكون هلاك المال مادياً ، بل يصح أن يكون معنوياً كما لو سحبت الرخصة التي تتيح للشركة القيام بعملها أو أبطل حق الاختراع الذي تستغله^(٤) .

وليس من الضروري أن يهلك كل المال ، بل يكفي أن يهلك جزء كبير منه بحيث لا يكفي الباقي بأن تقوم الشركة بعمل نافع . فإذا هلكت مباني الشركة بسبب حريق مثلاً ، وكانت المباني هي العنصر الأساسي في رأس المال ولا تستطيع الشركة بعد حريق المباني أن تواصل عملها ، انقضت ، إلا إذا كانت المباني مؤمناً عليها وقبضت الشركة مبلغ التأمين فإنها تبقى وتعيد المباني . وليس هناك حد ثابت للهلاك الجزئي يجب الوصول إليه لانتهاء الشركة ، والأمر متروك تقديره إلى القاضي عند الخلاف بين الشركاء ، فإذا رأى أن الشركة لا تستطيع مواصلة العمل بالباقي من مالها حكم بأن الشركة قد انقضت . وقد ينص عقد تأسيس الشركة على نسبة معينة للهلاك الجزئي ،

(١) حتى لو لم يكن هناك خطأ أو تقصير أو سوء إدارة من أحد (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٨٢) .

(٢) إذ قد تعوض عن الهلاك كما لو كانت مؤمنة على المال فتقبض مبلغ التأمين ، أو كان هناك مشول عن هلاك المال فترجع عليه الشركة بالتعويض .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٣٧ ص ٣٧٩ .

(٤) بودرى وقال ٢٣ فقرة ٣٧٩ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٥٣

كأن يتنق على أنه إذا هلك تصف أموال الشركة أو ثلثها اعتبرت الشركة منقضية^(١).

ويلحق بهلاك مال للشركة أن تهلك حصة أحد الشركاء إذا كانت هذه الحصة شيئاً معيناً بالذات تعهد الشريك بتقديمه ملكية أو منفعة ، وهلك قبل تسليمه للشركة^(٢) . وقد رأينا أن تبعة هلاك الشيء المعين

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

. ٣٦٧

(٢) أما إذا كان ما قدمه الشريك هو تمكين الشركة من الانتفاع بالشيء المعين بالذات ، (وهو التزام شخصى بالقيام بعمل) ، فإن الشركة تنحل إذا هلك هذا الشيء ، سواء كان الهلاك قبل تسليمه للشركة أو بعد التسليم . ذلك أن الشريك فى الحالتين يتحمل تبعة الهلاك ، فلا يعود ، بعد الهلاك ولو بعد التسليم ، مساهماً بحصة فى رأس المال ، فتحل الشركة . بوقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً خاصاً فى هذا المعنى هو الفقرة الثانية من المادة ٧١٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « وتنحل الشركة أيضاً فى جميع الأحوال بهلاك الشيء المعين ، إذا كان ما قدمه الشريك هو مجرد الانتفاع بذلك الشيء ، مع احتفاظه بالملكية لنفسه » (انظر آتفاً نفس الفقرة فى الهامش) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص : « والفقرة الثانية خاصة بحصة الشريك التى تكون مجرد الانتفاع بمال ما ، مع احتفاظه بالملكية . فى هذه الحالة يكون على الشريك التزام مستمر هو أن يمكن الشركة من الانتفاع بالشيء المدة المتفق عليها ، فإذا هلك الشيء أصبح مستحيلاً عليه الوفاء بالتزامه هذا ، وتندم حصته فى الشركة . وعلى ذلك تنحل الشركة فى كل الحالات ، سواء أكان الهلاك بعد تقديم الشيء للشركة أم قبل ذلك ، بآدام الهلاك قد حصل بقوة قاهرة ، كما هو الحال بالنسبة لآنتهاء الإيجار لآلاك العين المزجرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٤) .

كذلك تنحل الشركة إذا كانت حصة أحد الشركاء عملاً وعجز الشريك ، قبل قيام الشركة أو بعد قيامها ، من أن يقوم بهذا العمل (انظر م ٢/٥٢٧ ليسى وم ٩١٩ لبنانى آتفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

أما إذا كانت حصة الشريك حقاً عينياً هو حق المنفعة فى الشيء ، فهلاك الشيء قبل التسليم يكون على الشريك وتنحل الشركة ، وهلاكه بعد التسليم يكون على الشركة ولا تنحل (بلانيول وريير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٥٤) .

بالذات الذى تعهد أحد الشركاء بتقديمه حصة فى الشركة تكون قبل التسليم على الشريك . ولكن الشريك فى هذه الحالة لا يلزم بتقديم بدل عن الشيء الذى هلك ، وإذا هو لم يتفق مع سائر الشركاء على تقديم هذا البدل فلا إجبار عليه فى ذلك ، وله أن ينسحب من الشركة . فنصبح الشركة على هذا النحو فى وضع لم تستكمل فيه جميع رأس مالها ، ويترتب على ذلك انعدام عنصر أساسى من عناصر الشركة وهو مساهمة كل شريك بحصة فى رأس المال^(١) . وهذا لا يمنع من أن يتفق باقى الشركاء على بقاء الشركة فيما بينهم بالرغم من انسحاب الشريك الذى هلك حصته ، بل لا يوجد ما يمنع كما قدمنا من الاتفاق مع هذا الشريك على أن يبقى ويقدم حصة بدلا من الحصة التى هلك .

وبلاحظ أن هلاك حصة الشريك قبل تسليمها للشركة يجعل الشركة تنحل ، حتى لو كانت الحصص الباقية كافية لقيام الشركة بأعمالها . أما هلاك هذه الحصة ذاتها بعد تسليمها للشركة فلا يجعل الشركة تنحل ، إذا كان الباقى من مال الشركة كافياً لاستمرارها فى العمل . والفرق بين الفرضين أنه فى حالة هلاك حصة الشريك قبل تسليمها للشركة يصبح الشريك غير مساهم فى رأس مال الشركة ، لأن الحصة تهلك عليه لا على الشركة . أما بعد تسليم الحصة للشركة ، فهلاكها على الشركة لا عليه ، ويصبح هو مساهماً فى رأس مال الشركة بالرغم من هلاك الحصة .

المطلب الثانى

أسباب الانقضاء التى ترجع إلى الشركاء

٢٣٠ - طائفة من الأسباب : وأسباب انقضاء الشركة التى ترجع

(١) استئناف مخطوط ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٧ - وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٣ - انظر آنفاً فقرة ٦٥٦ .

إلى الشركاء تنقسم إلى طائفتين من الأسباب : (١) موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه (٢) انسحاب أحد الشركاء من الشركة أو إجماع الشركاء على حلها .

٢٣١ - موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه :

نص قانوني : تنص المادة ٥٢٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه . »

« ٢ - ومع ذلك يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ، ولو كانوا قسراً . »

« ٣ - ويجوز أيضاً الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أعسر أو أفلس أو انسحب وفقاً لأحكام المادة التالية . تستمر الشركة فيما بين الباقيين من الشركاء . وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه في أموال الشركة ، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته وقت وقوع الحادث الذي أدى إلى خروجه من الشركة ويدفع له نقداً . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق . إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على ذلك الحادث » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٠ (٥) والمادة ٧١٣ من المشروع

التمهيدى على الوجه الآتي : م ٧١٠ (٥) :

« تنتهي الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (٥) بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإنهاء إعساره أو إفلاسه أو بتصفية أمواله تصفية قضائية » - م ٧١٣ : « يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء أو أشهر إفلاسه أو إعساره أو صفيت أمواله تصفية قضائية أو انسحب من الشركة ، فإن الشركة تستمر بين الباقي من الشركاء ، وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه في أموال الشركة ، ويقدر نصيبه حسب قيمته وقت وقوع الحادث الذي أدى إلى خروجه من الشركة ، ويدفع إليه نقداً . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك »

« من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق فائجة من عمليات سابقة على ذلك الحادث ». وفي لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٥٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ ، وقد جاء في ملحق لتقريرها ما يأتي : « اقترح أن تضاف إلى الفقرة الثانية من المادة ٥٢٨ عبارة : ما لم تز الجبهة المختصة بالنظر في شؤون القصر غير ذلك ، توخياً لحماية حقوق فاقص الأهلية . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن جواز الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة الشريك مسألة مبدئية يجب أن يفصل فيها لذاتها أولاً . وما من شك في أن الاتفاق على استمرار الشركة مع البالغين من ورثة الشريك جائز ولا اعتراض عليه ، فالوارث يؤول إليه من مورثه حقه في الشركة لا في الأعيان والأموال المملوكة للشركة ، مادامت فكرة التشخيص المعنوي للشركات قد تقررت . وهذا الوضع لا ينبغي أن يتغير بسبب قصر ورثة الشريك ، وفي الإجراءات المقررة في قانون المحاكم الحسبية والأحكام الأخرى الواردة في باب الشركات ما يكفل خايتهم . على أنه يلاحظ أن هذا الحكم لا يسرى إلا باتفاق خاص . والشريك لا يرتضى ذلك إلا إذا كان لديه من الاعتبارات ما يجعله مطمئناً إلى مستقبل وارثه . أما ترك الأمر لتقدير الجبهة المختصة بالنظر في شؤون القصر ، فلا يتشئ مع استقرار التعامل » . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٥٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٦ وص ٣٧٨ - ص ٣٨١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٤٤٥/٤٤٢ (رابعاً) : تنهى الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (رابعاً) بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإفلاسه إذا لم يشترط في عقد الشركة شيء في شأن ذلك ، مع عدم الإخلال بالأصول الخصوصية المتعلقة بالشركات التجارية التي لا تنسخ بموت أحد الشركاء الغير المتضامن أو إفلاسه أو الحجر عليه . (وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٩٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٢٥ : في حالة وفاة شريك يجب على الشركاء الآخرين أن يصفوا

حصة الورثة ، ما لم يفضلوا حل الشركة أو الاستمرار فيها مع الورثة أنفسهم إذا وافقوا عليه ، ما لم يوجد نص في عقد الشركة يقضى بخلاف ذلك .

م ٥٢٨ : ١ - يفصل بقوة القانون كل شريك أشهر إفلاسه . ٢ - وكذلك يفصل بقوة

للقانون كل شريك تحصل دائن من دائنيه الخصوصيين على تصفية حصته بمقتضى المادة ٥٢٠ .

وانظر أيضاً المادة ٥٢٩ وسيأتى ذكرها (انظر ما يلي فقرة ٧١١ في الهامش) .

(ويختلف التقنين الليبي في أن الإفلاس أو الإعسار لا تنحل به الشركة ، ولكن يفصل

الشريك المفلس أو الممروتبى الشركة قائمة بين سائر الشركاء . وجعل التقنين الليبي الحجر

على أحد الشركاء سبباً في فصله : انظر م ١/٥٢٧ ليبي) .

ويخلص من هذا النص أن الشركة تنقضي إذا مات أحد الشركاء فلا محل ورثته محله ، إذ أن شخصية الشريك في الشركات المدنية تكون

= التقنين المدني العراقي م ٦٤٦ (٥) : تنهى الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (٥) بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإشهار إفلاسه . م ٦٤٨ (موافقة للفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٥٢٨ مصرى) . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٧ وما بعدها) .

تقنين المورجات والمقود البناني م ٩١٠ (رابعاً وخامساً) : تنهى الشركة : . . (رابعاً) ب وفاة أحد الشركاء أو بإعلان غيبته أو بالحجر عليه لعله عقلية ، ما لم يكن هناك اتفاق على استمرار الشركة مع ورثته أو من يقوم مقامه أو على استمرارها بين الأحياء من الشركة . (خامساً) بإعلان إفلاس أحد الشركاء أو تصفيته القضائية .

م ٩١٦ : إذا نص على أن الشركة تداوم بعد وفاة أحد الشركاء على أعمالها مع ورثته ، فلا يكون لهذا النص مفعول إذا كان الوارث فاقد الأهلية . على أنه يحق للقاضي ذى الصلاحية أن يأذن للقاصرين أو لفاقدى الأهلية في مواصلة الشركة إذا كان لهم في ذلك مصلحة ذات شأن ، وأن يأمر في هذه الحالة بجميع التدابير التي تقتضيها الظروف لصيانة حقوقهم .

م ٩١٨ : في الحالة المنصوص عليها في المادة ٩١٤ وفي جميع الأحوال التي تنحل فيها الشركة بسبب وفاة أحد الشركاء أو غيبته أو الحجر عليه أو إعلان عدم ملأته أو بسبب قصر أحد الورثة ، يجوز لسائر الشركاء أن يداوموا على الشركة فيما بينهم باستصدار حكم من المحكمة يقضى بإخراج الشريك الذي كان السبب في حل الشركة . وفي هذه الحالة يحق للشريك المخرج أو لورثة المتوفى أو غيرهم من الممثلين القانونيين للمتوفى أو المحجور عليه أو الغائب أو الممسر ، أن يستوفوا نصيب هذا الشريك من مال الشركة ومن الأرباح بعد أن تجرى نصفيتها في اليوم الذي تقرر فيه الإخراج . ولا يشتركون في الأرباح والخسائر التي تحصل بعد هذا التاريخ إلا بقدر ما تكون ، أى الأرباح والخسائر ، نتيجة ضرورية مباشرة للأعمال التي سبقت إخراج الشريك الذي يخلفونه أو غيبته أو وفاته أو إعساره . ولا يحق لهم المطالبة بأداء نصيبهم إلا في التاريخ المعين للتوزيع بمقتضى عقد الشركة .

م ٩٢٠ : إن ورثة الشريك المتوفى ملزمون بالمورجات التي تترتب على ورثة الوكيل . (وأحكام التقنين البناني في مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين البناني يتطلب إذنًا من الجهة المختصة لجواز استمرار ورثة الشريك القصر في الشركة ، وينص على أن الحجر يكون لعله عقلية ، وينص على الفية ، ويستلزم استصدار حكم من المحكمة لإخراج الشريك الذي كان السبب في حل الشركة حتى يتمكن باقي الشركاء من استبقاء الشركة فيما بينهم . ويلزم ورثة الشريك المتوفى بما يلزم به ورثة الوكيل) .

دائماً محل اعتبار وتقوم الشركة على الثقة الشخصية ما بين الشركاء .
والشركاء إنما تعاقدوا بالنظر إلى صفات الشريك الشخصية لا إلى صفات
الورثة^(١) . على أنه لا يوجد ما يمنع من أن ينص في عقد الشركة على
أنه في حالة موت أحد الشركاء تبقى الشركة قائمة ، ويحل الورثة محل
الشريك الذي مات^(٢) . فيتبين عندئذ أن الشركاء لم يتعاقدوا بالنظر إلى
صفات الشريك ، وأنه لا مانع عندهم من أن يحل محل الشريك ورثته .
وقد يكون هذا الاتفاق ضمناً ، كما إذا اتفق الشركاء في عقد الشركة
على جواز تنازل الشريك عن حقه في الشركة لأجنبي وإحلال المتنازل له
محلّه في الشركة^(٣) ، فيفهم من ذلك أنه لا يوجد مانع عند الشركاء من أن
يحل محل الشريك غيره ، وإذا جاز للأجنبي أن يحل محل الشريك فأولى أن
يحل محلّه الورثة^(٤) . فإذا وجد اتفاق صريح أو ضمنى على هذا النحو^(٥) ،
ومات أحد الشركاء ، فإن الشركة لا تنقضى بل تبقى قائمة ، ويحل محل

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان المقرر قانوناً أن شركة الأشخاص
تنقضى بوفاة أحد الشركاء فإن المقرر علماً وعملاً أنه عقب الوفاة يجب تعيين مصف للشركة ،
فإن لم يعين كان باقى الشركاء هم المصفون لها . ويحدث هذا خصوصاً إذا كانت الشركة مكونة
من شخصين ، فوفاة أحدهما تجعل الثانى مصفياً لها . فإن استمر الثانى فى أعمال الشركة ولم يصفها
فهو مسئول عن عملها هذا ، ولورثة الشريك الحق فى التصديق على تصرفه أو فى عدم إجازته .
فإذا لم تتم التصفية تعتبر الشركة قائمة بين الشركاء أو بين ورثتهم من قبيل التجاوز للمصلحة ،
وإلا ضاعت حقوق الشركاء (٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٦٠) .

(٢) استئناف مصر. ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٦٤ .

(٣) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٥٨ ص ٣٤٠ - ص ٣٤١ .

(٤) وقد يبقى الشركاء فى الشركة بعد موت أحدهم ، فيكون هذا منهم اتفاقاً ضمناً
على بقاء الشركة ، فتكون الشركة قد انحلت بالموت ثم حصل اتفاق ضمنى على استمرارها
بين الشركاء (قارن محكمة الاسكندرية الوطنية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية رقم
١٥٢ ص ١٣) .

(٥) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

الشريك الذى مات ورثته ، ولو كان هؤلاء الورثة قصرأ دون حاجة إلى إذن من المحكمة^(١) . ويمثل الورثة القصر فى الشركة الولى أو الوصى^(٢) . وقد يعترض على الحكم بأن ورثة الشريك يصبحون شركاء دون رضائهم ، ولكن يسهل دفع هذا الاعتراض إذا لوحظ أن الورثة يؤول إليهم من مورثهم حقه فى الشركة لا فى الأعيان والأموال المملوكة للشركة ، فيجدون أنفسهم شركاء وقد دفع مورثهم الحصة عنهم . وهذا الوضع لا ينبغي أن يتغير بسبب قصر ورثة الشريك ، وفى الإجراءات المقررة فى قانون المحاكم الحسبية (قانون الولاية على المال) والأحكام الأخرى الواردة فى باب الشركات ما يكفل حمايتهم . على أنه يلاحظ أن هذا الحكم لا يسرى إلا باتفاق خاص^(٣) ، والشريك لا يرتضى ذلك إلا إذا كان لديه من الاعتبارات ما يجعله مطمئناً إلى مستقبل وارثه ، أما ترك الأمر لتقدير الجهة المختصة بالنظر فى شؤون القصر فلا يتمشى مع استقرار التعامل^(٤) .

(١) استئناف مخطوط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٣ - انيكلويدى دالوز
ه لفظ société civile فقرة ١٤٩ - وينقسم النصيب على الورثة إلا إذا نص عقد الشركة أن يكون غير قابل للانقسام بالنسبة إلى الشركة : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٨١ .
(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٨ و ص ٣٧٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يصح القول باستمرار الشركة بعد وفاة أحد الشركاء إلا باتفاق صريح ، أو إذا كانت طبيعة عمل الشركة والفرض من إنشائها يتحتم معه استمرارها رغم موت أحد الشركاء حتى يتم العمل الذى أنشئت من أجله . وإذن فإذا قال الحكم باستمرار الشركة بناء على أن الاتفاق على استمرارها مستفاد من الفكرة فى إنشاء المحل التجارى الذى هو محلها والفرض الذى توخاه الشريكان ونوع التجارة وما بين الشريكين من صلة الأخوة والثقة المتبادلة الخ ، فكل ما قاله من ذلك لا يصح أن يترتب عليه وجوب استمرار الشركة ، وخصوصاً إذا كان من بين ورثة الشريك المتوفى قصر لا أهلية لهم (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٥ ص ٣٣٨) .

(٤) انظر ملحق تقرير مجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٠ -
ص ٣٨١ - وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش - بودرى وقال ٢٣ فقرة ٣٩٤ - بلانيول =

وكما يجوز أن ينص في عقد تأسيس الشركة أن الشركة تبقى مع ورثة من يموت من الشركاء ، كذلك يجوز النص على أن الشركة تبقى بين الباقي من الشركاء وحدهم^(١) . وفي هذه الحالة الأخيرة يأخذ الورثة نصيب مورثهم في الشركة نقداً ، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته وقت موت الشريك ، ولا يكون للورثة نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على موت الشريك (م ٣/٥٢٨ مدني) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « كذلك يمكن الاتفاق على أن الشركة لا تنحل بوفاة أحد الشركاء . . . بل تستمر بين بقية الشركاء ، ويقصد بهذا الشرط تفادى حل شركة ناجحة وقسمتها قسمة عينية . فيستولى (ورثة) الشريك . . على قيمة الحصة نقداً ، حتى لو لم يذكر ذلك صراحة في الشرط . وتقدر الحصة باعتبار قيمتها النقدية يوم الوفاة . . ولا ينظر إلى ما يتم بعد ذلك من عمليات إلا إذا كانت نتيجة لازمة لعمليات سابقة . ولما كان هذا التقدير يتطلب مصاريف باهظة ، كما أن الوفاء بقيمة الحصة دفعة واحدة يؤثر في مركز الشركة المالى ، فإنه غالباً ما يتفق في العمل على تقدير الحصة بحسب آخر جرد^(٥) عمل قبل تحقق الحادث الذى أدى إلى خروج الشريك

= وريير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٥٨ - وإذا استمر أحد الورثة دون الباقي ، كان استمراره هذا سارياً عليه وحده لا على سائر الورثة إلا إذا قبل هؤلاء (استئناف وطنى ١٣ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٣٨) . وقد ينص على أن الشركة تبقى مع أحد الورثة أو بعضهم دون الباقي ، فيصح ذلك ويكون هذا اشتراطاً لمصلحة هؤلاء الورثة إذا أقروه نفذ ، ولا يجبرون عليه وإلا كان ذلك تعاملًا في تركة مستقبلية (بلانيول وريير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٩٨) .

(١) وقد ينص في عقد الشركة أنه عند موت أحد الشركاء يكون باقى الشركاء بالخيار ، إما في حل الشركة ، وإيا في بقائها فيما بينهم وحدهم ، وإما في بقائها مع ورثة الشريك الذى مات (بلانيول وريير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٠) .

(٢) انظر في تقدير النصيب بحسب آخر جرد بلانيول وريير وليبارنيير ١١ فقرة

(الوفاة) ، كما يتفق على أن تدفع قيمة الحصة على أقساط سنوية ،^(١) .

ويخلص من نص المادة ٥٢٨ مدني السالف الذكر أيضاً أن الشركة تنقضى بالحجر على أحد الشركاء^(٢) أو بإعساره أو بإفلاسه^(٣) ، فلا يحل القيم محل المحجور عليه في الشركة أو يحل السنديك محل الشريك المفلس . وانقضاء الشركة بالحجر أو الإعسار أو الإفلاس إنما يقوم على نفس الاعتبارات التي يقوم عليها انقضاء الشركة بموت أحد الشركاء ، فكما لا يجوز أن تحل الورثة محل الشريك في الشركة لأن الشريك قد لوحظت شخصيته ، كذلك لا يجوز أن يحل محل الشريك القيم أو السنديك أو غير ذلك من الممثلين . هذا إلى أنه بالإعسار أو الإفلاس تجب تصفية أموال المعسر أو المفلس ، ويدخل في ذلك نصيبه في الشركة ، فيخرج هذا الشريك ، ومن ثم تنحل الشركة بخروجه . بل لا يجوز هنا أن يتفق الشركاء في عقد تأسيس الشركة على أنه في حالة الحجر على أحد الشركاء أو إعساره أو إفلاسه تبقى الشركة قائمة بين باقي الشركاء وممثل هذا الشريك ، كما جاز ذلك عند موت أحد الشركاء وبقاء الشركة مع ورثة هذا الشريك . ذلك أن الشريك يستطيع أن يلزم ورثته بالحلول محله في الشركة ، ولكنه لا يستطيع أن يلزم ممثله بذلك إذا هو حجر عليه أو أعسر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « والحجر أيضاً يترتب عليه بحكم القانون انحلال الشركة ، ويستوى في ذلك أن يكون الحجر قانونياً بناء على عقوبة جنائية أو قضائياً لته أو جنون أو سفه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٨) .

وانظر أيضاً بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦١ .

(٣) وكالإفلاس التصفية القضائية (بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٢ - بودري وقال ٢٣ فقرة ٤٢٤) . وإذا أفلس أحد الشريكين فانحلت الشركة بإفلاسه قبل مياعداها ، جاز للشريك الآخر الرجوع عليه بتعويض لأنه تسبب في حل الشركة قبل المعاد (استئناف مخطوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٣) .

= التمهيد على الوجه الآتي : « تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (هـ) بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدة الشركة غير محددة ، على أن يعلن الشريك إرادته فى الانسحاب وأن يتم هذا الإعلان قبل الانسحاب بثلاثة أشهر ، وعلى ألا يكون الشريك قد انسحب عن غش أو فى وقت غير لائق . (و) بإجتماع الشركاء على حلها . (ز) بحكم قضائى يصدر بمحل الشركة » . وفى لجنة المراجعة عدل النص فأصبح متفقاً مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع بق يتضمن وجوب أن يتم إعلان إرادة الشريك فى الانسحاب قبل الانسحاب بثلاثة أشهر ، وصار النص رقمه ٥٥٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت مدة الثلاثة الأشهر واكتفى بأن الشريك الذى يريد أن ينسحب من شركة غير معينة المدة يعلن انسحابه إلى سائر الشركاء قبل حصوله دون تقيد بزمان ، على ألا يكون الانسحاب واقفاً عن غش أو فى وقت غير لائق ، لأن قيد المدة قد يكون مرهقاً لا يتفق مع قواعد العدالة ، وصار النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٥٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٢ - ص ٣٨٤) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٤٥/٤٤١ (خامساً وسادساً) : تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : (خامساً) بإرادة أحد الشركاء . (سادساً) بانفصال أحد الشركاء من الشركة إذا كانت مدة الشركة ليست معينة ، بشرط ألا يكون هذا الانفصال مبنياً على غش ولا فى غير الوقت اللائق له . (وأحكام التقنين السابق تنفق مع أحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٩٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٢٢ (د) : تنحل الشركة للأسباب التالية : . . (د) بإجتماع

الشركة على حلها .

م ٥٢٦ : ٢ - يجوز لكل شريك أن ينسحب من الشركة إذا كانت مدتها غير محددة بزمان أو موقوفة على حياة أحد الشركاء . ٢ - ويجوز له أيضاً أن ينسحب من الشركة فى الأحوال التى ينص عليها عقد الشركة أو إذا ظهر سبب مبرر لذلك . وفى الحالتين المنصوص عليهما فى الفقرة الأولى من هذه المادة يجب على الشريك أن يعلن إرادته إلى الشركاء الآخرين قبل ثلاثة أشهر على الأقل من انسحابه . (وأحكام التقنين الليبى فى مجموعها تنفق مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين الليبى يجعل ميعاد إعلان الانسحاب ثلاثة أشهر) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٤٦ (هـ - و) : تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية : . . (هـ)

بانسحاب أحد الشركاء من الشركة إذا كانت مدة الشركة غير محددة ، على أن يعلن الشريك إرادته فى الانسحاب لسائر الشركاء قبل حصوله بثلاثة أشهر ، وعلى ألا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير مناسب . (و) بإجتماع الشركاء على حلها . (وأحكام التقنين العراقى تنفق =

وبمخلص من هذا النص أنه إذا كانت الشركة غير معينة المدة ، جاز لأى شريك أن ينسحب منها بشروط معينة ، ويترتب على انسحابه انقضاء الشركة .

فيجب إذن لجواز انسحاب الشريك أن تكون الشركة غير معينة المدة ، فإذا كانت مدتها معينة من حيث الوقت أو من حيث العمل ، بأن كانت مدتها مثلاً خمس سنوات أو كان العمل الذى تقوم به هو بيع أراض محددة ، لم يجوز للشريك أن ينسحب منها ، ووجب عليه البقاء إلى انتهاء المدة أو إلى انتهاء العمل . وليس له فى هذه الحالة إلا أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة ، وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٥٣١ مدنى وسيأتى بيانها . أما إذا كانت الشركة غير معينة المدة وغير محدودة العمل ، فقد أجاز القانون لكل شريك ، كما قدمنا ،

مع أحكام التقنين المصرى فيما عدا أن التقنين المراقى استبقى مدة إعلان الانسحاب ثلاثة أشهر - انظر الأستاذ حسن الذنون ص ١٤٥ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والمقود اللبنانى م ٩١٠ (سادساً وسابماً) : تنهى الشركة : . . (سادساً) باتفاق الشركاء ، (سابماً) بحدول شريك أو أكثر ، إذا كانت مدة الشركة غير معينة بمقتضى العقد أو بحسب ماهية العمل الذى جعل موضوعاً للشركة .

م ٩١٥ : إذا لم تكن مدة الشركة معينة بمقتضى العقد أو بحسب ماهية العمل ، كان لكل من الشركاء أن يعدل عن الشركة بإبلاغه هذا العدول إلى سائر الشركاء ، بشرط أن يكون صادراً عن نية حسنة وألا يقع فى وقت غير مناسب . لا يعتبر العدول صادراً عن نية حسنة إذا كان الشريك الذى عدل يقصد الاستئثار بالمنفعة التى كان الشركاء عازمين على اجتنائها بالاشتراك . ويكون العدول واقعاً فى وقت غير مناسب إذا حصل بعد الشروع فى الأعمال فأصبح من مصلحة الشركة أن يؤجل انحلالها ، وفى جميع الأحوال لا يكون للعدول مفعول إلا منذ انتهاء سنة الشركة ، ويجب أن يصرح به قبل هذا التاريخ بثلاثة أشهر على الأقل ، ما لم يكن ثمة أسباب هامة . وانظر أيضاً م ٩١٩ فيما يلى فقرة ٢٣٨ فى الهامش .

(وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين اللبنانى يحدد مدة إعلان الانسحاب ثلاثة أشهر أو يحتمل الانسحاب لا يتم إلا بعد انتهاء سنة الشركة لى تم فيها الإعلان ، وذلك ما لم يكن ثمة أسباب هامة) .

أن ينسحب منها . إذ لا يجوز لشخص أن يرتبط بالتزام يقيد حريته إلى أجل غير محدد ، لتعارض ذلك مع الحرية الشخصية التي هي من النظام العام ، وكل اتفاق على خلاف ذلك يكون باطلاً^(١) . وتقاس هذه الحالة على عقد العمل غير محدد المدة (م ٦٩٤ / ٢ مدني) أو على عقد الإيجار غير محدد المدة (م ٥٦٣ مدني) ، حيث يجوز لكل من المتعاقدين أن يضع حداً لعلاقته مع المتعاقد الآخر بإخطار يصدر منه وحده . وتعتبر الشركة غير معينة المدة إذا حددت لها مدة حياة الشركاء ، أو مدة طويلة تستغرق العمر العادي للإنسان^(٢) . وقد تكون الشركة غير معينة المدة ومع ذلك لا يجوز للشريك أن ينسحب منها ، إذا كان له الحق في التنازل عن نصيبه في الشركة دون قيد أو شرط . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « لأن القصد من تقرير هذا الحق للشريك هو السماح له بأن يتحلل في أى وقت يشاء من الالتزام الذى يقيد حريته لمدة غير محددة . وإذا كان يجوز له في أى وقت بلا قيد ولا شرط أن يخرج من الشركة عن طريق التنازل عن حصته ، فإنه لا يمكن مطلقاً تبرير حقه في الانسحاب بمجرد إرادته المنفردة فيقضى بذلك على الشركة . والفقه والقضاء مجمعان على هذا الرأي : استثناءً مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٣ ، (٣) .

(١) لوران فقرة ٣٩٦ - جيوار فقرة ٣٣٢ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٤ ص ٦٤ . الأستاذ محمد كامل رسي في العقود المسماة ٢ فقرة ٥٣٣ - عكس ذلك بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٣٨ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٣ ص ٣٤٥ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٨ - وانظر أيضاً لوران فقرة ٣٩٥ - جيوار فقرة ٣٢٤ وما بعدها - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٤ (١٣ و ١٤) - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٣ - فورنييه فقرة ١٢٧ - وانظر عكس ذلك بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٤٠ - فقرة ٤٤١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٨ - ص ٣٦٩ - وانظر عكس ذلك بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٤٦ .

فإذا كانت الشركة غير معينة المدة وغير محددة العمل ولم يكن للشريك حق التنازل عن نصيبه في الشركة دون قيد ولا شرط ، جاز له ، كما قدمنا ، أن ينسحب من الشركة . ولكن يشترط لجواز انسحابه أن يعلن إرادته في الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله ، وأن يكون حسن النية في الانسحاب ، وألاً ينسحب في وقت غير لائق^(١) . إما إعلان الانسحاب فليس له شكل خاص ، فيصح أن يكون على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون شفويًا^(٢) ولكن عبء الإثبات يقع عليه^(٣) . ولا ميعاد للإعلان ، وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يحدد له ميعاداً ثلاثة أشهر قبل حصول الانسحاب^(٤) ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذا الميعاد واكتفت بألاً يكون الانسحاب في وقت غير لائق « لأن قيد المدة قد يكون مرهقاً لا يتفق مع قواعد العدالة »^(٥) . وأما أن يكون الشريك المنسحب حسن النية في انسحابه ، فذلك حتى لا يسىء استعمال حقه في الانسحاب ، فيكون مترقباً مثلاً صفقة تدخل في أعمال الشركة ولو بقي فيها عادت أرباح

(١) استئناف مخطوط ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٤٣ - بنى سويف أول يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٤٥/٣ ص ٧٣١ - فإذا لم تتوافر هذه الشروط لا يكون لانسحاب الشريك من أثر ، ويبقى بالرغم من انسحابه شريكاً (جوسران ٢ فقرة ١٣٣٩) .

(٢) جيوار فقرة ٣٣١ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٥٣ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٤ .

(٣) ولما كان إعلان الانسحاب تعبيراً عن الإرادة ، فهو تصرف قانوني يشترط لإثباته الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما يزيد على عشرة جنيهات (جيوار فقرة ٣٣١ - لوران ٢٦ فقرة ٣٩٩ - وقارن بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٥٢ - فقرة ٤٥٣ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٤) .

(٤) انظر أيضاً م ٥٢٦ لبيى وم ٩١٥ لبناني آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٣ - ص ٣٨٤ - وانظر آنفاً نفس الفقرة

في الهامش .

الصفقة على الشركة ، فيعمد إلى الانسحاب ثم يعقد هذه الصفقة وحده حتى ينفرد بالأرباح^(١) . وأما أن يكون الانسحاب غير واقع في وقت غير لائق ، فذلك حتى لا تضطرب أعمال الشركة وتضار بخروج الشريك وانحلال الشركة في وقت أزمة مثلاً ، أو في وقت كانت الشركة تنتظر فيه أرباحاً قريبة ، أو في وقت شرعت الشركة فيه في عمل فأصبح من مصلحتها أن يؤجل انحلالها . وتحديد ذلك مرتبط بالظروف ، والمرجع فيه تقدير القاضي عند اختلاف الشركاء^(٢) .

فإذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر في انسحاب الشريك من الشركة ، ترتب على انسحابه انقضاء الشركة بحكم القانون . ولكن يجوز لباقي الشركاء أن يتفقوا على بقاء الشركة فيما بينهم وحدهم ، وذلك تطبيقاً للمادة ٥٢٨/٣ مدني ، وقد سبق بيان ذلك^(٣) .

(١) جوار فقرة ٣٢٨ - بودري وقال ٢٣ فقرة ٤٤٩ - وفي هذا المعنى تقول المادة ٢/٩١٥ لبناني: « لا يعتبر العدول صادراً عن نية حسنة إذا كان الشريك الذي عدل يقصد الاستئثار بالمنفعة التي كان الشركاء عازمين على اجتنائها بالاشتراك » (انظر آتفاً نفس الفقرة في الهامش) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولم يحدد المشروع حسن النية بل ترك تقديره للظروف ، ومن المقرر في هذا الصدد أن الشريك لا يعتبر حسن النية إذا كان لم ينسحب من الشركة إلا لكي يتمكن من الانفراد ببرمجها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٩) .

(٢) وتقول المادة ٣/٩١٥ لبناني في هذا المعنى : « ويكون العدول واقعاً في وقت غير مناسب إذا حصل بعد الشروع في الأعمال ، فأصبح من مصلحة الشركة أن يؤجل انحلالها » (انظر آتفاً نفس الفقرة في الهامش) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « .. ألا يحصل الانسحاب في وقت غير لائق إذا حدث مثلاً إبان أزمة ، أو أثناء الفترة الأولى لاستقرار الشركة وقبل حصولها على أرباح قريبة منتظرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٦٩) . وانظر بودري وقال ٢٣ فقرة ٤٥٠ . ومن يدعى من الشركاء أن انسحاب الشريك كان في وقت غير لائق أو أن انسحابه لم يكن بحسن نية يحمل عبء الإثبات (بودري وقال ٢٣ فقرة ٤٥١ مكررة) .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٢٣١ .

ويلاحظ أخيراً ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ،
« أن حق الشريك فى الانسحاب من الشركة بإرادته المنفردة هو حق
شخصى محض ، ولذلك لا يجوز لدائمه استعماله عن طريق الدعوى غير
المباشرة » (١) .

وسواء كانت الشركة مدتها معينة أو غير معينة ، فإنه يجوز للشركاء
أن يجمعوا على حلها (م ٢/٥٢٩ مدنى سالفه الذكر) . وهذا الحكم
بديهى ، فإن الشركاء هم الذين أنشأوا الشركة باتفاقهم ، فيستطيعون
باتفاقهم أن يحلوها . فإذا كانت الشركة معينة المدة ، كان لهم أن يحلوها
قبل انتهاء هذه المدة ، إذ يستطيعون باتفاقهم أن يقصروا أجل الشركة
كما يستطيعون أن يمدوا هذا الأجل (٢) . وإذا كانت الشركة غير معينة
المدة ، فإن انسحاب أحد الشركاء منها كافٍ لحلها كما قدمنا ، فأولى أن
تحل بانسحاب جميع الشركاء (٣) .

المبحث الثانى

أسباب حل الشركة بحكم من القضاء

٢٢٣ - مائة : قد تحل الشركة بحكم من القضاء ، ويتحقق ذلك

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٣٦٩ - وانظر أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة
٣٨٤ ص ٦٥ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٣ ص ٣٤٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٣) وإجماع الشركاء على حل الشركة هو تفاسخ من الشركاء للشركة ، ويثبت وفقاً
لقواعد الإثبات . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت القرائن التى استفادت منها محكمة الموضوع
أن شركة فسخت عقب صدورها قد رددت بين الطرفين وسلم بها كل منهما ، فلا تكون المحكمة
قد خالفت قواعد الإثبات باعتمادها على القرائن فى إثبات التفاسخ الضمنى بين الشركاء ، خصوصاً
إذا كان الخصم لم يمانع خصمه فى إثبات العدول عن التشارك أو فسخ الشركة بالقرائن ، فإن
هذا وحده يسقط حقه فى الطعن على الحكم بتلك المخالفة (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٣٦
مجموعة عمر ١ رقم ٣١٣ ص ١٠٤٠) .

لتي حالتين : (١) يطلب أحد الشركاء من القضاء حل الشركة لسبب يبرر ذلك . (٢) يطلب أحد الشركاء فصل شريك آخر لسبب يسوغ ذلك ، أو يطلب الشريك إخراجه من الشركة مستنداً إلى أسباب معقولة وهنا تنحل الشركة .

المطلب الأول

حل الشركة بحكم قضائي

٢٣٤ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٥٣٠ من التقنين المدني اعلى ما يأتي :

- « ١ - يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء ، لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء . ويقدر القاضي ما ينطوي عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل » .
- « ٢ - ويكون باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٤٦/٤٤٣ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٩٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٥٢٤ - وفي التقنين المدني العراقي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٤ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٥٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٥ - ص ٣٨٦) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٤٦/٤٤٣ : يجوز للمحاكم أن تفسخ الشركة بطلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك آخر بما تعهد به ، أو لوقوع منازعة قوية بين الشركاء تمنع جريان أشغال الشركة ، أو لأي سبب قوى آخر غير ذلك .

(وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

المادة ٦٤٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٩١٤^(١) .

٢٣٥ - الأسباب التي تسوغ حل الشركة قضائياً : قد يطلب أحد

الشركاء إلى القضاء حل الشركة لسبب يرجع إلى خطأ شريك آخر ، ويكون هذا بمثابة الفسخ القضائي للشركة^(٢) . ومن الأسباب التي ترجع لخطأ أحد الشركاء ألاً يني هذا الشريك بما تعهد به نحو الشركة ، كأن يقصر في العمل الذي تعهد بالقيام به لمصلحة الشركة ، أو يكون غير

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٢٤ : يجوز أن تنطق بحل الشركة السلطة القضائية بناء على طلب أحد الشركاء ، ، وذلك إذا أخل الشركاء الآخرون بواجباتهم أو لأسباب جسيمة أخرى لا يد للشركاء فيها . ويقع باطلا كل شرط يقضى بخلاف ذلك .

(وأحكام التقنين الليبي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٦٤٩ : يجوز للمحكمة أن تحل الشركة بناء على طلب الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به ، أو لأي سبب آخر تقدر المحكمة أن له من الخطورة ما يسوغ حل الشركة . ويكون باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المدني - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٠ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٩١٤ : يحق لكل من الشركاء أن يطلب حل الشركة حتى قبل الأجل المعين ، إذا كان هناك أسباب مشروعة كقيام اختلافات هامة بين الشركاء ، أو عدم إتمام أحدهم أو عدة منهم للموجبات الناشئة عن العقد ، أو استحالة قيامهم بها . ولا يجوز للشركاء أن يعدلوا مقدما من حقهم في طلب حل الشركة في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) ويستوى أن تكون الشركة محددة المدة أو تكون مدتها غير محددة ، ولا يفي في الحالة الأخيرة حق الشريك في الانسحاب عن حقه في طلب الفسخ القضائي (بودري وقال ٢٣ فقرة ٤٥٨) . وإذا اشترط في عقد شركة أن من يطلب فسخ العقد بلا سبب يكون ملزماً بدفع مبلغ بصفة تعويض ، فهذا التمييز لا يكون واجباً على الذي فسخ العقد بسبب مخالفات أو خيانة صدرت من شريك آخر إضراراً بالشركة (استئناف وطني ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٤ الاستقلال ١٤ ص ٤٠) .

كفاء له أو ألا يسلم للشركة حصته من رأس المال^(١) . كذلك إذا كان الشريك مديراً غير قابل للعزل ، فأعمال في إدارته أو خالف أغراض الشركة أو نظمها أو أحكام القانون ، فإن هذا سبب يرجع إلى خطأ الشريك ، ويسوع لأي شريك آخر أن يطلب حل الشركة من القضاء . وإذا ثبت على أحد الشركاء غش أو تدليس أو خطأ جسيم يبرر حل الشركة ، جاز لأي من الشركاء أن يطلب من القضاء حل الشركة لهذا السبب . ولا حصر للأسباب التي ترجع إلى خطأ أحد الشركاء ، فوجود السبب وتقدير خطورته وهل هو يبرر حل الشركة أمر متروك تقديره إلى القاضي^(٢) .

فإذا ثبت على أحد الشركاء خطأ يبرر حل الشركة ، لم يجوز لهذا الشريك المخطئ أن يطلب هو الحل ، ولكن يجوز لأي شريك آخر أن يطلب الحل كما قدمنا ، فإذا قدر القاضي أن السبب كافٍ لحل الشركة قضى بحلها ، وجاز له أن يحكم على الشريك المخطئ بالتعويض^(٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين من نصوص عقد الشركة أن الشركة قد تكونت فعلاً منذ حرر عقداً وأصبح لها كيان قانوني وقامت فور توقيع الشركاء على العقد المنقذ لها ، كما باشرت نشاطها من اليوم المحدد في العقد ، فإن الشرط الوارد بالعقد والذي يقضى بأنه في حالة تخلف أحد الشركاء عن دفع حصته في رأس المال في الموعد المحدد تسقط حقوقه والتزاماته - هذا الشرط لا يعد أن يكون شرطاً فاسخاً يترتب على تحققه لمصلحة باقي الشركاء انفصال الشريك المتخلف من الشركة قضاء أو رضاء ، ولا يعتبر قيام الشركة مطلقاً على شرط واقف وهو قيام الشركاء بالدفع . وعلى ذلك فإن تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدي إلى انقضاء العقد مادام أن من شرع لمصلحته هذا الشرط لم يطلب الفسخ . (نقض مدني ١٣ ديسبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٩٧٥) .

(٢) بلانيول وريبير وليبارتيير ١١ فقرة ١٠٦٥ ص ٣٤٩ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٣٨٥ - ص ٣٨٦ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٦٨ وفقرة ٤٧٢ - فورنييه فقرة ١٢٨

ص ١٤٦ .

وقد يكون السبب الذى يطلب أحد الشركاء حل الشركة من أجله غير راجع إلى خطأ أى شريك آخر . مثل ذلك أن يمرض أحد الشركاء مرضاً خطيراً يعجزه عن القيام بعمله فى الشركة ، أو يستحيل عليه معه الوفاء بالتزاماته نحو الشركة ، أو يهلك الشيء الذى قدمه حصة فى الشركة قبل تسليمه بسبب أجنبي . ويعتبر سوء التفاهم المستحكم بين الشركاء^(١) ، ووقوع حوادث طارئة غير متوقعة يجعل من العسير على الشركة الاستمرار فى نشاطها ، أسباباً تسوغ طلب حل الشركة من القضاء . وهنا أيضاً يترك للقاضى تقدير خطورة السبب ، وما إذا كان يبرر حل الشركة^(٢) .

وإذا كان السبب لا يرجع إلى خطأ أحد من الشركاء ، جاز لكل شريك أن يطلب من القضاء حل الشركة ، ولا تجوز المطالبة بتعويض إذا لا تقصير فى جانب أحد من الشركاء^(٣) .

٢٢٦ — الأمر الذى يترتب على حل الشركة قضائياً : وحل الشركة

قضائياً هو فسخ لما . وشأن الشركة فى ذلك شأن كل عقد ينشئ التزامات متقابلة ، إذا لم ينفذ جانب ما عليه من الالتزامات ، كان للقاضى أن يفسخ العقد . غير أنه لما كان عقد الشركة عقداً زمنياً كعقد الإيجار ، فإن الفسخ لا يكون له أثر رجعى^(٤) .

(١) بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٦٤ - فورنييه فقرة ١٢٨ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٥ - واضطراب الحالة المالية للشركة ، وانعدام الأرباح ، وانعدام النقد اللازم لتسيير أعمال الشركة ، كل ذلك يصح أن يكون سبباً للحل القضائى (بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٦٢ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٥ ص ٣٤٨ - فورنييه فقرة ١٢٨) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٥ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٦٩ وفقرة ٤٧٢) .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « وإذا حكم القاضى =

٢٣٧ - من طلب الحل النهائي من النظام العام وهو من شخصي

المُشْرِك : وحق الشريك في طلب حل الشركة حلاً قضائياً يعتبر من النظام العام ، فكل اتفاق بين الشركاء يقضى بغيره يكون باطلاً ، ولا يجوز للشريك أن يتنازل عنه قبل حدوث سببه (م ٢/٥٣٠ مدني)^(١) . وهو حق شخصي للشريك ، يترك إلى تقديره الخاص ، فلا يجوز لدائنيه استعماله بطريق الدعوى غير المباشرة^(٢) .

المطلب الثاني

فصل أحد الشركاء أو طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة

٢٣٨ - المضمون القانوني : تنص المادة ٥٣١ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ١ - يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أى من

= بالفسخ ، فإنه خلافاً للقواعد العامة لا يكون له أثر رجعي . والشركة إنما تنحل بالنسبة للمستقبل ، أما قيامها وأعمالها في الماضي فإنها لا تتأثر بالحل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٣٨٦ - وانظر أيضاً بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٥ ص ٣٥٠) .

(١) بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٥ ص ٣٥٠ - قارن بردرى وقال ٢٣ فقرة ٤٦٧ .

(٢) أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٣٨٤ ص ٦٧ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ٤٧٠ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٥ ص ٣٤٩ . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وحق الشريك في طلب الحل القضائي لوجود مبرر شرعى يدعو إليه يعتبر من الحقوق المتعلقة بالنظام العام ، ولذلك لا يجوز التنازل عنه قبل وقوع سببه ، ويكون باطلاً كل اتفاق يحرم الشريك من هذا الحق . كما يلاحظ أيضاً أن هذا الحق شخصي محض ، فلا يستطيع دائنو الشريك ، ولا دائنو الشركة ، طلب الحل بناء على هذا النص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٦) . فدائنو الشركة لا يستطيعون أيضاً طلب حلها قضائياً ، ولكن لهم أن ينفذوا بحقوقهم على أموالها ، وأن يشهروا إفلاسها أو إعسارها (الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود الملمة ٢ فقرة ٥٣٧ ص ٦٠٥ - انظر عكس ذلك فورنييه فقرة ١٢٨ ص ١٤٦) .

الشركاء يكون وجوده في الشركة قد أثار اعتراضاً على مد أجلها أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سبباً مسوغاً لحل الشركة ، على أن تظل الشركة قائمة فيما بين الباقيين .

« ٢ - ويجوز أيضاً لأي شريك ، إذا كانت الشركة معينة المدة ، أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة ، وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق باقي الشركاء على استمرارها (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٤٩٩ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٢٧ وم ٥٢٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٥٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٩١٤ - ٩١٥ وم ٩١٨ - ٩١٩ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٥ من المشروع التمهيدي مقصوراً على الفقرة الأولى منه . وفي لجنة المراجعة أضيفت الفقرة الثانية . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٥٩٩ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٧ - ص ٣٨٩) .

(٢) ولذلك يكون التقنين المدني الجديد قد استحدث هذه الأحكام ، ولا تسرى على الشركات المدنية التي تكون قد تأسست قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فهذه تسرى عليها أحكام التقنين المدني السابق .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٩٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي ٥٢٧ : ١ - يجوز أن يفصل الشريك لأسباب جسيمة تتعلق بإخلاله بالالتزامات التي يفرضها القانون أو عقد الشركة أو لفقدان الشريك أهليته القانونية أو حرمانه من مزاولة مهنته أو أي مأمورية أولصدر حكم بمقوبة يترتب عليها حرمانه ولو مؤقتاً من الوظائف العامة ... ٤ - وتقرر فصل الشريك أغلبية الشركاء ، ولا يحسب في هذه الأغلبية =

= الشريك المراد فصله . ويسرى الفصل بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه إلى الشريك المفصول . هـ - ويكون للشريك المفصول أن يرفع اعتراضاً على الفصل إلى المحكمة الابتدائية . ويجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ الفصل .

م ٥٢٩ : ١ - إذا انتهت العلاقة المشتركة إزاء شريك واحد فقط ، لا يحق له أو لورثته إلا مبلغ من النقود يعادل قيمة حصته . وتجري تصفية الحصة على أساس حالة الشركة المالية يوم انتهاء العلاقة . ٢ - وإذا وجدت أعمال لازالت قائمة ، يدخل الشريك أو ورثته في الأرباح أو الخسائر المترتبة على الأعمال ذاتها . ويجب أن يتم دفع الحصة المستحقة للشريك خلال ستة أشهر اعتباراً من اليوم الذي انتهت فيه العلاقة المشتركة . ويظل الشريك أو ورثته مسئولين قبل النزع عن التزامات الشركة إلى اليوم الذي تعد فيه العلاقة منتهية . ويجب أن يبلغ هذا إلى علم الغير بالوسائل الملائمة ، وإلا فقد قوة الاحتجاج به على الغير الذي جهله دون خطأ منه . (والتفتين اللبى يجعل الفصل بأغلبية الشركاء وللشريك المفصول حق الاعتراض أمام القضاء) .

التفتين المدني العراقي م ٦٥٠ : يجوز للشركاء أن يطلبوا من المحكمة أن تقضى بفصل شريك يكون وجوده في الشركة قد أثار اعتراضاً على مد أجلها ، أو قد تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره صيباً مسوغاً لحل الشركة ، على أن تبقى الشركة قائمة فيما بين الباقين . (انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥١ - ولم يتكلم التفتين العراقي في طلب الشريك إخراجه من الشركة) .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني م ٩١٤ : يحق لكل من الشركاء أن يطلب حل الشركة حتى قبل الأجل المعين ، إذا كان هناك أسباب مشروعة كقيام اختلافات هامة بين الشركاء أو عدم إتمام أحدهم أو عدة منهم للموجبات الناشئة عن العقود أو استحالة قيامهم بها . ولا يجوز للشركاء أن يعدلوا مقدماً عن حقهم في طلب حل الشركة في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة .

م ٩١٨ : في الحالة المنصوص عليها في المادة ٩١٤ وفي جميع الأحوال التي تنحل فيها الشركة بسبب وفاة أحد الشركاء أو غيبته أو الحجر عليه أو إعلان عدم ملامه أو بسبب قصر أحد الورثة ، يجوز لسائر الشركاء أن يداوموا على الشركة فيما بينهم باستصدار حكم من المحكمة يقضى بإخراج الشريك الذي كان السبب في حل الشركة ، وفي هذه الحالة يحق للشريك المخرج أو لورثة المتوفى أو غيرهم من الممثلين القانونيين للمتوفى أو المحجور عليه أو الغائب أو المصغر ، أن يستوفوا نصيب هذا الشريك من مال الشركة ومن الأرباح بعد أن تجرى تصفياتها في اليوم الذي تقرر فيه الإخراج ، ولا يشتركون في الأرباح والخسائر التي تحصل بعد هذا التاريخ إلا بقدر ما تكون ، أي الأرباح والخسائر ، نتيجة ضرورية مباشرة للأعمال التي سبقت إخراج الشريك الذي يخلفونه أو غيبته أو وفاته أو إعساره . ولا يحق لهم المطالبة بأداء نصيبهم إلا في التاريخ المعين للتوزيع بمقتضى عقد الشركة .

م ٩١٩ : إذا كانت الشركة مؤلفة بين اثنين ، جاز للشريك الذي لم يتسبب بانحلالها في الأحوال المنصوص عليها في المادتين ٩١٤ و ٩١٥ أن يحصل على إذن من القاضي في إيفاء =

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك حالتين : (١) طلب أحد الشركاء فصل شريك آخر (٢) طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة .

٢٣٩ - طلب أحد الشركاء فصل شريك آخر : قدمنا أن للشريك أن

يطلب من القضاء حل الشركة إذا وجدت أسباب تبرر هذا الحل ، والقضاء يقدر خطورة هذه الأسباب وما إذا كانت تسوغ الحكم بالحل . وقد تكون هذه الأسباب آتية من جهة أحد الشركاء كعدم وفاء هذا الشريك بالتزاماته أو صدور غش منه أو خطأ جسيم . ولكن قد يرى الشركاء أنه يكفي فصل الشريك المعارض عليه دون حل الشركة ، إذ تكون الشركة ناجحة في أعمالها أو على وشك النجاح ، وأن وجود هذا الشريك فيها هو وحده محل الاعتراض . فأجاز القانون لأي من الشركاء في هذه الحالة أن يطلب من القضاء ، لا حل الشركة ، بل فصل الشريك الذي تكون تصرفاته محل اعتراض ، على أن تظل الشركة قائمة بين باقي الشركاء . والقاضي هو الذي يقدر ما إذا كان سبب الاعتراض على الشريك يبرر فصله (٦) .

= الشريك الآخر والمداومة على استثمار الشركة آخذاً لنفسه مالها وما عليها . (انظر م ٩١٥ آنفاً فقرة ٤٧٠٥ الهامش) . (وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد الفقرة الأولى من المادة ٥٣١ مدنى : « اقتبس المشروع هذا النص من المادة ٢/٥٦١ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهو نص جديد لا نظير له في التقنين الحالى (السابق) . وقد قصد المشروع به أن يقضى على النزاع القائم في الفقه والقضاء فيما يتعلق بصحة اشتراط الحق للشركاء في استبعاد شريك بالإجماع أو بموافقة الأغلبية . . . وقد يكون في السماح للشركاء بفصل واحد منهم لسبب جدى (انظر م ٧٣٧ من التقنين الألمانى رم ٥٧٣ من التقنين البولونى) مدعاة لخلق جو من عدم الثقة والتشكك فيما بينهم . مع أنه من ناحية أخرى لا يصح أن يقصر حق الشركاء في هذه الحالة على إمكان طلب الحل من القضاء إذ يترتب على ذلك تحميل الشركاء للنتائج المترتبة على تقصير واحد منهم خصوصاً إذا كانت الشركة ناجحة موفقة . لذلك رأينا من المناسب أن نقرر للشركاء الحق في طلب فصل =

وقد يكون الشريك المعارض عليه قد وفى بجميع التزاماته ولم يصدر منه غش أو خطأ يبرر فصله ، ولكنه عندما طلب إليه الشركاء الموافقة على مد أجل الشركة لم يقبل المد ولم يبد أسباباً معقولة لهذا الرفض . فيجوز لأى شريك آخر فى هذه الحالة أن يطلب من القضاء فصل هذا الشريك من الشركة ، حتى يتمكن سائر الشركاء من مد الشركة إلى أجل جديد .

وإذا حكم القضاء بفصل الشريك المعارض عليه ، بقيت الشركة قائمة بين باقى الشركاء واستمرت فى أعمالها طبقاً لنظمها . أما الشريك المفصول فيصنى نصيبه فى الشركة على الوجه الذى رأيناه فى الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٨ مدنى ، فيقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم الفصل ويدفع له نقداً . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق ، إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على الفصل (١) .

٢٤٠ - طلب أحد الشركاء إخراج من الشركة : وكما يجوز لأى

شريك أن يطلب من القضاء فصل شريك آخر لمبررات تسوغ ذلك على الوجه الذى بيناه فيما تقدم ، كذلك يجوز لأى شريك أن يطلب من القضاء إخراج من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة . ومن الأسباب المعقولة التى يستند إليها الشريك فى طلب إخراج من الشركة أن تضطرب حالته المالية بحيث يصبح محتاجاً إلى تصفية نصيبه فى الشركة ليستعين به على إصلاح حاله ، أو أن تستدعى حالته الصحية أو ظروفه الخاصة اعتزال العمل فيعمد إلى تصفية أعماله ويدخل فى ذلك تصفية نصيبه فى الشركة . والقضاء هو الذى يقدر ما إذا كانت الأسباب التى يتقدم بها الشريك

= الشريك إذا وجدت أسباب مبررة لذلك . والقاضى هو الذى يقرر وجاهة تلك الأسباب .
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٨) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٣١ .

لإخراجه من الشركة أسباباً تبرر إجابته إلى هذا الطلب . وقد كان من الممكن ، من غير هذا النص ، أن يطلب الشريك إخراجه من الشركة بموافقة سائر الشركاء ، ويتفق باقي الشركاء على إبقاء الشركة فيما بينهم . ولكن قد يتعذر على الشريك الذي يريد الخروج من الشركة أن يحصل على موافقة شركائه على ذلك ، فأضيف هذا النص في لجنة المراجعة^(١) حتى يستطيع الشريك أن يلجأ إلى القضاء في هذه الحالة ويطلب الحكم بإخراجه .

ويلاحظ أنه يشترط لجواز استعمال الشريك هذا الحق في إخراجه من الشركة أن تكون الشركة معينة المدة أو محددة العمل ، بحيث أنها لا تنقضي إلا بانتهاء المدة أو بانتهاء العمل ، فيجد الشريك نفسه مضطراً إلى أن يطلب من القضاء إخراجه قبل انقضاء الشركة . أما إذا كانت الشركة غير معينة المدة وغير محددة العمل ، فللشريك الذي يريد الخروج من الشركة مندوحة من طلب ذلك إلى القضاء ، إذ يستطيع في هذه الحالة أن ينسحب من الشركة بأن يعلن إرادته في الانسحاب إلى سائر الشركاء ، على ألا يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير لائق ، وذلك تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٥٢٩ مدني ، وقد سبق بيان ذلك^(٢) .

فإذا ما أقر القضاء الشريك على طلب إخراجه من الشركة ، صني نصيب هذا الشريك على الوجه المقرر في الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٨ مدني التي تقدم ذكرها ، فيقدر النصيب بحسب قيمته يوم القضاء بالإخراج ويدفع له نقداً ، ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على القضاء بالإخراج^(٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٣٩ في الهامش - ومجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٣٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٣١ .

ثم إن القضاء بإخراج الشريك من الشركة يترتب عليه حلها ، كما يترتب حل الشركة على خروج أحد الشركاء بأي سبب آخر ، كانسحابه أو موته أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه . ولكن يجوز مع ذلك لباقي الشركاء أن يتفادوا في هذه الحالة ، وفي غيرها من الحالات الأخرى كما سبق القول ، حل الشركة : وأن يتفقوا على استمرارها فيما بينهم وخدمهم دون الشريك الذي خرج .

الفرع الثاني

تصفية الشركة

٢٤١ - كيف تم تصفية الشركة - نص قانوني : تنص المادة ٥٣٢

من التقنين المدني على ما يأتي :

« تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد . وعند خלוه من حكم خاص تتبع الأحكام الآتية ^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٠ - ص ٣٩٢) .

ويقابل في التقنين المدني السابق م ٤٤٨/٥٤٥ : تقسم بين الشركاء أموال الشركة على حسب المئين في عقدها . (وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٠٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٣٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٥١ (مطابق) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٩٢٢ : تجري القسمة بين الشركاء في شركات المفد أو الملك ، إذا كانوا راشدين ومالكين حق التصرف في حقوقهم ، وفقاً للطريقة المبينة في عقد =

وقد رأينا الشركة تنقضى بأسباب متعددة . فإذا تحقق سبب من أسباب انقضاءها ، كأن انتهت مدتها أو انتهى العمل الذى قامت من أجله ، أو هلك أحد الشركاء ، أو مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أعسر أو أفلس أو انسحب ، أو حلت الشركة حلا قضائياً ، أو انحلت بسبب خروج أحد الشركاء منها ، فإن الشركة تنقضى على الوجه الذى تقدم بيانه . فإذا انقضت الشركة دخلت فى دور التصفية^(١) .

ويتضمن عقد تأسيس الشركة عادة الطريقة التى تصفى بها أموالها ، وعند ذلك يجب اتباع هذه الطريقة^(٢) . على أنه إذا لم ينص عقد تأسيس الشركة على الطريقة التى تتم بها التصفية ، فقد تولى القانون وضع الأحكام التى تجرى تصفية الشركة على مقتضاها ، وهذه الأحكام هى التى سنتولى بيانها فيما يلى .

وقد كان التقنين المدنى السابق يجمع فى الباب المخصص للشركات الأحكام المتعلقة بتصفية الشركة والأحكام المتعلقة بقسمة الأموال الشائعة

= إنشاء الشركة أو الطريقة التى يتفقون عليها ، إلا إذا قرروا بالإجماع إجراء التصفية قبل كل قسمة . (ويبدو من هذا النص أن الشركاء يستطيعون أن يقرروا بالإجماع إجراء التصفية وطريقة هذه التصفية) .

(١) وإذا طلب أحد الشركاء فسخ الشركة وتصفيتها ، فإن تقدير الرسوم على الدعوى يكون على مجموع أموال الشركة لا على حصة طالب التصفية فقط ، لأن التصفية ما هى إلا قسمة أموال بين الشركاء وقيمة هذه الأموال هى التى تكون موضوع المنازعة بين الخصوم فى دعوى التصفية (نقض مدنى ٢٧ يونية سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٧١ ص ٦٣٤) .

(٢) ولا محل لتصفية الشركة إذا كان عقد تأسيسها ينص على انتقال أموالها إلى الشريك الذى يبقى حياً بين الشركاء ، ويصبح هذا الشريك هو الممثل لصالح الشركة فيما لها وما عليها ، أو إذا قدمت أموالها بحلة واحدة حصة فى شركة أخرى جديدة أو موجودة من قبل (استئناف مخطوط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٩ - أنسيكلويدى دالوز لفظ *société civile* ققرة ٢٣٠) .

بوجه عام سواء كان الشبوع سبقه عقد شركة أو كان له سبب آخر :
أما التقنين المدني الجديد فقد اقتصر في المكان الذي خصصه لعقد الشركة
على بيان أحكام تصفيها ، وأحال في قسمة أموال الشركة بعد التصفية
عندما تصبح أموالا شائعة بين الشركاء على أحكام قسمة المال الشائع
بوجه عام (م ٥٣٧ مدني) ، ووضع هذه الأحكام في المكان الذي خصصه
للملكية الشائعة (١) .

٢٤٢ - بقاء التخصبة المضمونة للشرك وقت تصفيها - نص قانوني :

وتنص المادة ٥٣٣ من التقنين المدني على ما يأتي : « تنتهي عند حل الشركة
سلطة المديرين ، أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن
تنتهي هذه التصفية » (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد تعرض التقنين
المصري (السابق) في الفصل الخاص بالقسمة لتصفية الشركات وقسمتها ، فذكر كيفية تعيين
المضى وسلطاته (م ٤٤٩ - ٤٥٠ / ٥٤٦ - ٥٤٧) . ولكن نصوصه جاءت عامة تنطبق على كل
أنواع القسمة ، سواء كانت خاصة بشركات أو بغيرها . أما المشروع فقد تكلم على قواعد القسمة
على العموم في باب الملكية الشائعة . . ولذلك رأى من المناسب أن يتبع الطريق الذي سلكه المشروع
الفرنسي الإيطالي والتقنين البولوني ، فينظم تصفية الشركة وقسمتها تنظيماً موجزاً عاماً ، ثم يحيل
في قسمتها على قواعد القسمة في الملكية الشائعة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩١) .
(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦١ في المشروع النهائي .
ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤
ص ٣٩٢ - ص ٣٩٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٠١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٣١ : عندما تحل الشركة يحتفظ الشركاء المديرون بمناصبهم

في الإدارة في حدود الصلاحيات المستعجلة إلى أن تتخذ الإجراءات اللازمة للتصفية . (ولم يصرح -

فإذا حلت الشركة بانقضائها ودخلت في دور التصفية ، انتهت سلطة المديرين بمجرد انقضاء الشركة ، وتولى المصنف أعمال التصفية^(١) .
ولما كانت هذه الأعمال تقتضى أن تبقى للشركة شخصيتها المعنوية حتى يمكن للمصنف القيام بهذه الأعمال ، فإنه كما سترى يستوفى حقوق الشركة من الغير ديون ما عليها من الديون وقد يبيع مالها كله أو بعضه وكل هذا يعمل به باسم الشركة كشخص معنوى قائم ، فقد صرح القانون ببقاء الشخصية المعنوية للشركة بالرغم من حلها ، وذلك طول الوقت الذى تجرى فيه أعمال التصفية وإلى أن تنتهى هذه الأعمال^(٢) . ولولا ذلك لما استطاع دائنو الشركة عند التصفية أن يستخلصوا حقوقهم من مال الشركة دون

= التقنين الليبى بالشخصية المعنوية للشركة انظر آنفاً فقرة ١٩٤ فى الهامش، ولم يتكلم هنا عن بقاء هذه الشخصية بالقدر اللازم للتصفية - وقرر بقاء المديرين فى حدود الأعمال المستجلة إلى أن أن يتولى المصنف أعمال التصفية ، وهذا الحكم الأخير لا يخالف القواعد العامة) .

التقنين المدنى المرقى م ٦٥٢ (مطابق - وانظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٣) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٩٢١ : لا يجوز للمديرين بعد انحلال الشركة أن يشعروا فى عمل جديد غير الأعمال اللازمة لإتمام الأشغال التى بدئ بها . وإذا فعلوا كانوا مسئولين شخصياً بوجه التضامن عن الأعمال التى شعروا فيها . ويجرى حكم هذا المنع من تاريخ انقضاء مدة الشركة أو من تاريخ إتمام الغرض الذى من أجله عقدت أو تاريخ وقوع الحادث الذى أدى إلى انحلال الشركة بمقتضى القانون . (ولما كان التقنين البناني لا يقر للشركة المدنية بالشخصية المعنوية - انظر آنفاً فقرة ١٩٤ فى الهامش - فإنه لم يتكلم عن بقاء هذه الشخصية بالقدر اللازم للتصفية .
لما انتهت سلطة المديرين بانقضاء الشركة فتفق مع الحكم الوارد فى التقنين المصرى) .

(١) استئناف مخطط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٣ - وذلك فى حدود سلطته المدة المحددة للتصفية ، فإذا اتفق الشركاء على تعيين مصنف لشركتهم التجارية وكان تعيينه لمدة معينة ، فليس لهذا الأخير أن يرفع دعوى بصفته نائباً عن الشركة بعد انقضاء هذه المدة (استئناف وطنى ٢٦ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١١٩ ص ٢٣١) . والمصنف هو الذى يتولى طلب تسلم أعيان الشركة ، دون الشخص الذى طلب الحكم بتعيين مصنف (محكمة مصر الوطنية ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١١٢) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٣٤٠ .

مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء ، إذ لو انعدمت الشخصية المعنوية للشركة بمجرد حلها وقبل إجراء التصفية لأصبح مال الشركة مالا شائعاً بين الشركاء لا مالا مملوكاً للشركة بعد انعدام شخصيتها ، ولكان للدائنين الشخصيين للشركاء حق التنفيذ عليه فزاحوا دائني الشركة (١) .

على أن بقاء الشخصية المعنوية للشركة التي دخلت دور التصفية مقصور على أعمال التصفية ، وبالقدر اللازم لهذه الأعمال . فلا يجوز للمصفي ، بدعوى أن الشخصية المعنوية للشركة لا تزال باقية ، أن يقوم لحساب الشركة بأعمال أخرى غير أعمال التصفية ، فيبدأ مثلاً أعمالاً جديدة ليست لازمة للتصفية (٢) .

(١) أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٥ ص ٧٠ - ص ٧١ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٦٩ - فورنييه فقرة ١٣٠ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣ - وقد قضت محكمة النقض بأن الشركة متى انتهت وفاة أحد الشريكين زال شخصها المعنوى ، ووجب الامتناع عن إجراء أى عمل جديد من أعمالها ، ولا يبق بين الشركاء من علاقة إلا كونهم ملاكاً على الشيوع لوجوداتها ، ولا يبق للشركة مال منفصل عن الأموال الشخصية للشركاء . على أنه لما كان الأخذ بهذا القول على إطلاقه يضر به الشركاء ودائنو الشركة على السواء ، إذ يضطر كل شريك إلى مطالبة كل مدين للشركة بنصيبه في الدين ، ويضطر كل دائن إلى مطالبة كل شريك بنصيبه في الدين إلى غير ذلك ، لهذا وجب بطبيعة الحال ، لتجنب هذه المضار ، اعتبار الشركة قائمة محتفظة بشخصيتها حكماً لا حقيقة ، لكي تمكن تصفيتها (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر رقم ٤ ١٢٥ ص ٣٣٨) . وقضت أيضاً بأن من المقرر مراعاة لمصلحة الشركاء ولدائني الشركة ومدينها أن انتهاء الشركة لا يمنع من اعتبارها قائمة محتفظة بشخصيتها المعنوية لحاجات التصفية حتى تنتهى التصفية ، وإذن فإن كل موجودات الشركة بما فيها الدفاتر تعتبر أثناء التصفية مملوكة لها لا ملكاً شائعاً بين الشركاء ، فلا يصح لأحدهم أن يوقع الحجز الاستحقاقى على شيء من ذلك (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٩ ص ١٥) - وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ١٢٦) . وقضت محكمة النقض الجنائية بأن تعتبر الشركة مالكة للحصص والأموال والمنقولات ، وليس لأى من الشركاء أثناء قيامها أو حال تصفيتها إلا الحق في الاستيلاء على الربح . ومن المقرر =

ونتناول الآن الأحكام التي قررها القانون لتصفية الشركة إذا لم ينص عقد تأسيسها على أحكام أخرى ، فتكلم : (أولاً) في تعيين المصفي ، و (ثانياً) في أعمال التصفية .

المبحث الأول

تعيين المصفي

٢٤٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٣٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يقوم بالتصفية ، عند الاقتضاء ، إما جميع الشركاء وإما مصف واحد أو أكثر تعينهم أغلبية الشركاء .

٢ - وإذا لم يتفق الشركاء على تعيين المصفي ، تولى القاضي تعيينه بناء على طلب أحدهم .

مع مراعاة لمصلحة الشركاء ولدائتي الشركة ومدينها أن انتهاء عقد الشركة لا يمنع من اعتبارها قائمة محتفظة بشخصيتها المعنوية لحاجات التصفية حتى تنقضي التصفية ، وبذا تكون كل موجوداتها في غضون هذه الفترة مملوكة للشركة لا ملكاً شائعاً بين الشركاء ، فلا يصح لأحدهم أن يتصرف في شيء منها ، مما لا سبيل معه إل القول بوجود نوع من القسمة يجعل تصرف شريك في المال مرتبطاً بنتائجها (نقض جنائي ٤ يونه سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٧ رقم ٥٠٤ ص ١٢٥٠) . وانظر أيضاً : نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٥ ص ٣٣٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٨٢ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٤ ص ٥٠٤ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢ ص ٦٣ - استئناف مخطط ٣ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٣٠ - ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٥ - ٢٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩١ - ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٩ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١١ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٣ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٠ - أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٤ - استئناف وطني ٢٥ يونه سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤ ص ٥ .

٣ - وفي الحالات التي تكون فيها الشركة باطلة ، تعين المحكمة المصنئ ، وتحدد طريقة التصفية ، بناء على طلب كل ذي شأن .

٤ - وحتى يتم تعيين المصنئ يعتبرون المديرون بالنسبة إلى الغير في حكم المصنئين (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٤٩/٤٤٦ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٥٠٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٣٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٥٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٢٣ - ٦٢٤ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧١٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٥ - ص ٣٩٧) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٤٩/٤٤٦ : إذا لم يصرح في العقد عن كيفية القسمة ، يكون لإجراؤها في الشركات المدنية بمعرفة جميع الشركاء ، وفي الشركات التجارية بمعرفة من يعين لتصفية الشركة بأغلب آراء الشركاء سواء كان واحداً أو أكثر أو بمعرفة من تعينه المحكمة عند عدم اتفاق أغلبية الشركاء على التمين . (والتقنين المدني السابق يحمل تصفية الشركات المدنية بواسطة جميع الشركاء . والعبرة بتاريخ انقضاء الشركة ، فالشركات التي انقضت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تسرى عليها أحكام التقنين المدني السابق ، أما التي انقضت بعد ذلك فتسرى عليها أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٠٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٣٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٥٣ (مطابق - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٤ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٩٢٣ : يحق لجميع الشركاء ، حتى الذين ليس لهم يد في الإدارة ، أن يشتركوا في التصفية . وتجرى التصفية بواسطة جميع الشركاء أو بواسطة مصف يعينه بالإجماع إذا لم يكن قد سبق تعيينه بمقتضى عقد الشركة . إذا لم يتفق ذوو الشأن على اختيار =

٢٤٤ - تعيين المصنف بواسطة الشركاء : وقد يكون المصنف معيناً في عقد تأسيس الشركة أو في نظمها المقررة ، أو تكون طريقة تعيينه أو الجهة التي تعينه منصوصاً عليها في العقد أو النظام المقرر ، فعند ذلك يتبع حكم النص^(١) .

أما إذا لم ينص على شيء في هذا الشأن ، فإن الفقرة الأولى من النص سالف الذكر تكل أمر تعيين المصنف إلى الشركاء أنفسهم ، ويكون ذلك بالأغلبية العددية .

فقد تقرر أغلبية الشركاء أن يقوم بالتصفية الشركاء جميعاً ، ويقع ذلك عادة إذا كان عدد الشركاء قليلاً ، لا سيما إذا كان الجميع يتولون إدارة الشركة وفقاً لأحكام المادة ٥٢٠ مدني^(٢) . وقد كان التقنين المدني السابق

= المصنف ، أو إذا كان ثمة أسباب مشروعة تحول دون تسليم التصفية للأشخاص المعيّنين في عقد الشركة ، تجرى التصفية بواسطة القضاء بناء على أول طلب يقدمه أحد الشركاء .

م ٩٢٤ : يعد المديرون - ربّما يتم تعيين المصنف - أمناء على أموال الشركة ، ويجب عليهم إجراء المسائل المستعجلة .

م ٩٢٦ : إذا وجد عدة مصنفين ، فلا يحقّ لهم العمل منفردين إلا إذا أُجيز لهم ذلك بوجه صريح .

م ٩٤٠ : إذا خلا مركز أحد المصنفين أو مراكز عدة منهم بسبب الوفاة أو الإفلاس أو الحجر أو العلول أو الغزل ، عين الخلف على الطريقة الموضوعية لتعيينهم .

(وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري ، إلا أن التقنين اللبناني يحمل التصفية ، إذا لم يجمع الشركاء على المصنف أو حال سبب مشروع دون اعتماد المصنف المعين في عقد الشركة ، في يد القضاء . ويوجب في حالة تعدد المصنف أن يعمل الكل ، فلا يجوز لأخذ الانفراد إلا إذا أُجيز ذلك صراحة) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٢٩٥ - ص ٣٩٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٩ وما بعدها .

(م ٥٤٦/٤٤٩) يجعل إجراء التصفية في الشركات المدنية بواسطة جميع الشركاء ، ما لم ينص في عقد تأسيس الشركة على غير ذلك^(١) .

وقد تقرر أغلبية الشركاء أن يقوم بالتصفية واحد أو أكثر يعينونهم بالذات . وتكفي الأغلبية العددية العادية ، فلا يشترط الإجماع ولا أغلبية خاصة . ولا يشترط فيمن تعينه الأغلبية مصفياً أن يكون شريكاً ، بل يصح أن يكون أجنبياً عن الشركة . وإذا عيّنت الأغلبية أكثر من مصف واحد ، فقد تشترط أن تكون القرارات التي يتخذها المصفون المتعددون بالإجماع أو بالأغلبية فيجب انترام هذا الشرط ، وقد تعين اختصاص كل مصف فينفرد كل بما اختص به . فإذا لم تشترط الأغلبية شيئاً ولم تعين اختصاص كل مصف ، جاز لكل من المصفي أن ينفرد بأى عمل من أعمال التصفية ، على أن يكون لكل من المصفي الآخرين الاعتراض على هذا العمل قبل تمامه ، وعندئذ يكون من حق أغلبية المصفي رفض الاعتراض ، فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعاً . وهذه هي أحكام تعدد المديرين^(٢) ، قيست عليها أحكام تعدد المصفي^(٣) .

٢٤٥ - تعيين المصفي بواسطة القضاء : فإذا امتنع الشركاء عن تعيين مصف على الوجه المتقدم الذكر ، أو حاولوا تعيين مصف ولكن لم يحصل.

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٣ في الهامش .

(٢) انظر م ٥١٧ مدني آنفاً فقرة ٢٠٧ . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى

وهي تقول : « وفي حالة تعيين أكثر من مصف واحد ، يكون تحديد سلطاتهم ، في حالة عدم النص ، بالقياس على ما ذكرناه في تحديد سلطة المديرين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٦) .

(٣) ولكن إذا نص عقد تأسيس الشركة على أن يكون المصن أحد الشركاء ، وكانت

الخلاف مستحكما بين الشركاء بحيث يتعذر التعاون بينهم ، جاز للقضاء تعيين مصف أجنبى (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٣) .

أحد من المرشحين على الأغلبية المطلقة ، جاز لكل شريك أن يطلب من القضاء تعيين وصف للشركة .

والقضاء يعين المصفي من الشركاء أنفسهم أو من غيرهم ، ويعين مصفياً أو أكثر بحسب ما يرى . وعدد تعدد المصفين تكون سلطتهم في التصفية على النحو الذي قدمناه في تعدد المصفين المعينين من أغلبية الشركاء (١) .

والذي يطلب من القضاء تعيين المصفي يجب أن يكون أحد الشركاء ، فلا يجوز لغير شريك أن يتقدم بهذا الطلب . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يتقدم بهذا الطلب أحد دائئي الشركة ، لأن المصفي وكيل عن الشركة والشركاء لا عن دائئها (٢) . ولكن يجوز لدائن شخصي لأحد الشركاء أن يستعمل حق مدينه الشريك ويطلب إلى القضاء تعيين مصف للشركة باسم هذا الشريك (٣) .

(١) واشترط قانون البورصة أن يكون السمار رجلاً لا يسرى على المصفي الذي لا يمنع القانون من أن يكون امرأة (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩٢ ص ٧٠١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٦ - استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٣ - بلانيول وريبير وليبارنيير ١١ فقرة ١٠٧٠ . وينبني على أن المصفي وكيل الشركاء أن يده كيد الشريك هي يد أمين لا تجيز له التملك بمضي المدة ، ولا يجوز له أن يتمسك بتغيير صفة يده إلا إذا جابه الشركاء مجابة جلية تدل دلالة حازمة على أنه مزع إنكار حق الشركاء (استئناف مصر ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٦٤) . وتقول محكمة مصر الكلية إن حكم المصفي في مباشرة عمله كحكم الشريك وإن اختلف عنه في بعض النواحي القانونية ، منها أن الشريك يمثل الدائن والمدين ويعتبر وكيلا عنها ، بخلاف المصفي فإنه يعتبر وكيلا عن الشركة دون الشركاء ودون دائئي الشركة (١٣ مايو سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٢٠ ص ١١١) .

(٣) ويبدو أن هذا الحق يكون أيضاً لدائن الشركة باعتباره دائئاً شخصياً للشريك في الحدود التي يجوز فيها لدائن الشركة أن يرجع على الشريك في ماله الخاص .

٢٤٦ - تعيين المصفي بواسطة القضاء للشركة الباطلة : وإذا كانت

الشركة باطلة ، ولكنها قامت فعلاً بأعمالها ، فهي شركة واقعية (société de fait) ، وتجب تصفيتها . وفي هذه الحالة لا يعتد بما ورد في عقد تأسيس الشركة في هذا الخصوص إذا كان هذا العقد قد نص على تعيين مصف أو على طريقة تعيين المصفي ، فإن المقد باطل ولا يعمل بما جاء فيه . والقضاء هو الذي يقوم بتعيين المصفي للشركة الباطلة ، بناء على طلب يتقدم به أحد الشركاء أو أى شخص آخر له مصلحة في ذلك كدائن للشركة . والقضاء أيضاً هو الذي يتولى تعيين الطريقة التي تتم بها التصفية ، ولا يعتد بما عسى أن يكون قد ورد في العقد الباطل في هذا الخصوص (١) .

٢٤٧ - كيف ي عزل المصفي : وإذا عين مصف للشركة بواسطة

أغلبية الشركاء أو بواسطة القضاء على الوجه المتقدم الذكر ، وأتى المصفي بما يسوغ عزله ، كأن ارتكب غشاً أو خطأ أو ظهر عجزه أو حجر عليه أو أفلس ، فإن الجهة التي عينته هي التي تملك عزله . فإذا كانت أغلبية الشركاء هي التي عينته ، فإن هذه الأغلبية نفسها تملك عزله . وإذا كان القضاء هو الذي عينه ، فإن القضاء أيضاً يملك عزله بناء على طلب أحد الشركاء . ولكن يجوز دائماً لأى من الشركاء أن يطلب إلى القضاء عزل المصفي لأسباب تسوغ ذلك ، حتى لو كان الذي عين المصفي هو أغلبية الشركاء (٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٣٩٦ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولم ير المشروع

حاجة للنص على كيفية عزل المصفي كما فعل المشروع للفرنسي الإبطال (م ٢/٥٦٣) ، لأنه يكنى =

٢٤٨ - ملط مديري الشركة قبل تعيين المصفي : وتعين المصفي

قد يستغرق وقتاً ، والشركة تكون قد انحلت سلطة مديرها كما سبق القول (١) . فتبقى الشركة ، وقد دخلت دور التصفية ، دون مصف ودون مدير . فاحتاط المشرع وواجه هذه الحالة بنص الفقرة الرابعة من المادة ٥٣٤ حيث تقول كما رأينا : « وحتى يتم تعيين المصفي يعتبر المديرون بالنسبة إلى الغير في حكم المصفين » .

فيجوز إذن لمديري الشركة ، في الفترة ما بين حل الشركة وتعين المصفي ، أن يقوموا بالأعمال الضرورية لمواجهة حالات الاستعجال . ومن ثم يصح للغير ممن تعامل مع الشركة أن يرفع دعوى على الشركة بعد حلها في مواجهة هؤلاء المديرين ، ويعتبر المديرون ممثلين للشركة تمثيلاً صحيحاً في الدعوى المرفوعة .

بل يجب على مديري الشركة ، في هذه الفترة ، أن يقوموا بالإجراءات الضرورية للمحافظة على أموال الشركة ورعاية مصالحها ، وأن يباشروا الأعمال المستعجلة التي لا تختمل تأخيراً . فإذا كانوا مثلاً قبل حل الشركة قد بدأوا عملاً من أعمال الإدارة ولم يتم هذا العمل ، فعليهم أن يتموه أو أن يصلوا به إلى الحد الذي يؤمنون فيه مصالح الشركة (٢) .

« في ذلك تطبيق القواعد العامة ، ومؤداها أن الحق في عزل المصفي يرجع إلى السلطة التي تملك تعيينه ، مع جواز الالتجاء دائماً إلى القضاء لطلب عزله بناء على وجود مبرر شرعي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٧) .

(١) م ٥٣٣ مدني وانظر آنفاً فقرة ٢٤٤ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٦

المبحث الثاني

أعمال التصفية

٢٤٩ - **تصفية مال الشركة وتوزيع الصافي على الشركاء** : فإذا عين المصنف ، قام بالأعمال الواجبة لتصفية الشركة . فيستوفى ما للشركة من حقوق ، ويوفى ما عليها من الديون ، ويقوم بالأعمال الضرورية التي تستلزمها هذه التصفية . ثم يوزع الصافي من أموال الشركة على الشركاء (١) .

فنبحث إذن مسألتين : (١) تصفية مال الشركة (٢) توزيع الصافي من مال الشركة على الشركاء .

المطلب الأول

تصفية مال الشركة

٢٥٠ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٥٣٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - ليس للمصنف أن يبدأ أعمالاً جديدة للشركة إلا أن تكون لازمة لإتمام أعمال سابقة » .

١ () وبدخول الشركة في دور التصفية تنتهى سلطة المديرين وتزول عنهم صفتهم في تمثيل الشركة ، ويصبح المصنف هو صاحب الصفة في تمثيل الشركة في جميع الأعمال التي تستلزمها التصفية . وقد قضت محكمة النقض بأنه يترتب على حل الشركة ودخولها في دور التصفية إنهاء سلطة المديرين ، وذلك كنص المادة ٥٣٣ من القانون المدني ، فتزول عنهم صفتهم في تمثيل الشركة ، ويصبح المصنف الذى يعين للقيام بالتصفية صاحب الصفة الوحيد في تمثيل الشركة في جميع الأعمال التي تستلزمها هذه التصفية وكذلك في جميع الدعاوى التي ترفع من الشركة أو عليها ، فإذا كان الطعن قد رفع من عضو مجلس الإدارة المنتدب بصفته ممثلاً للشركة وذلك بعد حلها وتعيين المصنف ، فإنه يكون غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة . ولا يغير من ذلك أن يكون للطعن قد رفع بإذن المصنف طالما أنه لم يرفع باسمه بصفته ممثلاً للشركة (نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٩٣ ص ٥٩١) .

٢ - ويجوز له أن يبيع مال الشركة منقولاً أو عقاراً ، إما بالمزاد وإما بالممارسة ، ما لم ينص في أمر تعيينه على تقييد هذه السلطة .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٥٣٦ على ما يأتي :

« تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً ، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم ، وبعد استئزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التي لم تحل أو الديون المتنازع فيها ، وبعد رد المصروفات أو القروض التي يكون أحد الشركاء قد باشرها في مصلحة الشركة (١) » .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٥٤٧/٤٥٠ (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٥٠٣ وم ١/٥٠٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٣٣ وم ١/٥٣٤ -

(١) تاريخ النصوص :

م ٥٣٥ : ورد هذا النص في المادة ٧١٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، إلا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل في آخر الفقرة الثانية على العبارة الآتية : « ولكن البيع لا يجوز له إلا بالقدر اللازم لوفاء ديون الشركة » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٥٦٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « ولكن البيع لا يجوز الخ » الواردة في آخر الفقرة الثانية « لأن الشركة في هذه الحالة تكون في حالة نصفية ، فمن الطبيعي أن يبيع المصنئ كل موجودات الشركة عقاراً أو منقولاً لتحديد الصافي الواجب قسمته بين الشركاء وتحديد نصيب كل منهم » . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته تحت رقم ٥٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٨ - ص ٤٠١) .

م ٥٣٦ : ورد هذا النص في المادة ١/٧٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ١/٥٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٥٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٢ وص ٤٠٤ - ص ٤٠٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٤٧/٤٥٠ : وللمأمور بالتصفية الحق في أن يبيع مال

الشركة ، سواء كان بالمزاد العام أو بالتراضي إذا كانت مأموريته ليست مقيدة في سند تعيينه . (وأحكام التقنين السابق تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين الجديد) .

وفي التقنين المدني العراقي م ٦٥٤ و م ١/٦٥٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٩٢٧ - ٩٣٩ (١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري ٥٠٣ و م ١/٥٠٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٣٣ و م ١/٥٣٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٥٤ (موافق - فيما عدا أن بيع مال الشركة مقيد بوفاء الديون في التقنين العراقي) .

م ١/٦٥٥ (موافق) . انظر الأس - حسن الذنون فقرة ١٥٧ وما بعدها .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني - ٩١ : على المصن القضاى وغير القضاى عند مباشرة

العمل أن ينظم بالاشتراك مع مديرى الشركة قائمة الجرد وموازنة الحسابات ماله وما عليها . وعليه أن يستلم ويحفظ دفاتر الشركة وأوراقها ومقوماتها التى يسلمها إليه المديرون ، وأن يأخذ علماً بجميع الأعمال المتعلقة بالتصفية على دفتر يومية وبحسب ترتيب تواريخها وفقاً لقواعد المحاسبة المستعملة فى التجارة ، وأن يحتفظ بجميع الأسناد المثبتة وغيرها من الأوراق المختصة بالتصفية . م ٩٢٨ : إن المصن يمثل الشركة الموضوعة تحت التصفية ويدير شؤونها . وتشمل وكالته جميع الأعمال الضرورية لتصفية ماله وإيفاء ما عليها ، وتشمل خصوصاً صلاحية استيفاء الديون وإتمام القضايا التى لا تزال معلقة ، واتخاذ جميع الوسائل الاحتياطية التى تقتضيها المصلحة المشتركة ، ونشر الإعلانات اللازمة لدعوة الزائنين إلى إبراز أسنادهم ، وإيفاء الديون المحررة والمستحقة على الشركة ، والبيع القضاى لأموال الشركة غير المنقولة التى لا تتسنى قسماً بسهولة ، وبيع البضائع الموجودة فى المستودع وبيع الأدوات - كل ذلك مع مراعاة الفيوذ الموضحة فى الصك الذى أنامه مصفاً ومراعاة القرارات التى يتخذها الشركاء بالإجماع فى أثناء التصفية .

م ٩٢٩ : إذا لم يحضر أحد الدائنين المعروفين ، حق للمصن إيداع المبلغ المستحق له إذا كان الإيداع متحتماً . أما الديون المستحقة أو المتنازع عليها فيجب عليه أن يحتفظ لها بمبلغ من النقود كاف لإيفائها وأن يضمه فى محل أمين .

م ٩٣٠ : إذا لم تكن أموال الشركة كافية لإيفاء الديون المستحقة ، وجب على المصن أن يطلب من الشركاء المبالغ اللازمة إذا كان هؤلاء ملزمين بتقديمها بمقتضى نوع الشركة أو إذا كانوا لا يزالون مدينونين بجميع حصصهم فى رأس المال أو بقسم منها . وتوزع حصص الشركاء المعمرين على سائر الشركاء بنسبة ما يجب عليهم التزامه من الخسائر .

م ٩٣١ : للمصن أن يقترض ويرتبط بموجبات أخرى حتى عن طريق التحويل التجارى ، وأن يظهر الأسناد التجارية ويمنح المهل ويفوض ويقبل التفويض ويبرهن أموال الشركة ، كل ذلك على قدر ما تقتضيه مصلحة التصفية ، ما لم يصرح بالعكس فى صك توكيله . =

٢٥١ — أعمال إدارة الشركة : فإذا تولى المصنف تصفية الشركة ،

فإن مهمته الأساسية هي تصفية أموال الشركة لإدارتها . وإنما يملك من الإدارة أعمالاً محدودة هي الأعمال الضرورية أو المستعجلة .

م ٩٣٢ : لا يجوز للمصنف عقد الصلح ولا التحكيم ولا التخل عن التأمينات إلا مقابل بدل أو تأمينات أخرى معادله لها . كذلك لا يجوز له أن يبيع جزأاً من المحل التجاري الذي فوضت إليه تصفيته ، ولا أن يجري تفرغاً بلا عوض ، ولا أن يشرع في أعمال جديدة ما لم يرخص له في ذلك صراحة . وإنما يحق له أن يقوم بأعمال جديدة على قدر ما تقتضيه الضرورة لتصفية الأشغال المعلقة . فإن خالف هذه الأحكام ، كان مسئولاً شخصياً عن الأعمال التي شرع فيها . وإذا كان هناك عدة مصنفين ، كانوا متضامنين في التبعة .

م ٩٣٣ : يجوز للمصنف أن يستنيب غيره في إجراء أمر أو عدة أمور معينة ، ويكون مسئولاً عن الأشخاص الذين يستنيبهم وفقاً للقواعد المختصة بالوكالة .

م ٩٣٤ : لا يجوز للمصنف ، وإن كان قضائياً ، أن يخالف القرارات التي اتخذها ذوو الشأن بالإجماع فيما يختص بإدارة شؤون المال المشترك .

م ٩٣٥ : يجب على المصنف ، عند كل طلب ، أن يقدم للشركاء أو لأصحاب الحقوق الشائمة المعلومات الوافية عن حالة التصفية ، وأن يضع تحت تصرفهم الدفاتر والأوراق المختصة بأعمال التصفية .

م ٩٣٦ : إن المصنف ملزم بالواجبات التي تترتب على الوكيل المأجور فيما يختص بتقديم حساباته وإعادة المال الذي قبضه عن طريق وكالته . وعليه أن ينظم عند نهاية التصفية قائمة الجرد وموازنة الموجودات والديون ، ويلخص فيها جميع الأعمال التي أجراها والحالة النهائية التي نتجت عنها .

م ٩٣٧ : لا تعد وكالة المصنف دون مقابل ، وإذا لم تعين أجرته ، فللقاضي أن يحدد مقدارها ، ويبقى لأصحاب الشأن حق الاعتراض على القيمة المقررة .

م ٩٣٨ : ليس للمصنف الذي دفع من ماله ديوناً مشتركة إلا حق إقامة الدعاوى المختصة بال دائنين الذين أوفى دينهم . وليس له حق الرجوع على الشركاء أو على أصحاب الحقوق الشائمة إلا بنسبة حصصهم .

م ٩٣٩ : بعد نهاية التصفية وتسليم الحسابات يوزع المصنف دفاتر الشركة المنحلة وأوراقها ومستنداتها قلم المحكة أو محلاً آخر أميناً تعينه المحكة ، ما لم تعين غالبية الشركاء شخصاً لاستلامها . ويجب أن تبقى محفوظة في المحل المذكور مدة خمس عشرة سنة من تاريخ الإيداع . ويحق لذوي الشأن ولورثتهم أو خلفائهم في الحقوق أو للمصنفين أن يراجعوا المستندات ويدققوا فيها . (وهذه الأحكام التفصيلية تتفق في مجموعها مع المبادئ العامة للتقنين المصري) .

فإذا كان هناك عمل من أعمال الإدارة قد بدأ قبل حل الشركة ولم يتم ، فعلى المصنئ أن يتم هذا العمل حتى يكفل أن يعود على الشركة بالنفع . فإذا كانت الشركة شركة نشر مثلاً قد تعاقدت على نشر كتاب وحلت قبل طبع الكتاب ، فإن المصنئ يملك التعاقد على طبع الكتاب حتى يتم العمل الذى يبدأ قبل حل الشركة .

ولكن ليس للمصنئ أن يبدأ عملاً جديداً من أعمال الإدارة ، إلا أن يكون هذا العمل لازماً لإتمام عمل سابق . فإذا كانت شركة أراض مثلاً باعت أرضاً قبل حلها ، وبعد الحل طلب جار أخذ هذه الأرض بالشفعة ، فإن المصنئ باعتباره ممثلاً للشركة البائعة يشترك فى إجراءات الشفعة^(١) .

٢٥٢ - الأعمال الموزعة لتصفية الشركة : وقد قدمنا أن مهمة المصنئ

الأساسية هى إجراء الأعمال اللازمة لتصفية أموال الشركة . ويمكن القول بوجه عام إن المصنئ يبدأ بأعمال تمهيدية للتصفية ، ويستوفى ما للشركة من حقوق عند الغير ، وينى ما على الشركة من ديون للغير ، وقد يبيع أموال الشركة بالقدر الضرورى للتصفية^(٢) . فتستعرض كلا من هذه الأعمال المتنوعة^(٣) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٣٩٩ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٣٩٩ - وبديهى أنه إذا تضمن عقد تأسيس الشركة أو القرار الصادر بتعيين المصنئ من أغلبية الشركاء أو من القضاء بياناً لسلطة المصنئ فى إجراء هذه الأعمال ، لم يجوز للمصنئ أن يخرج من الحدود المرسومة له . فإذا لم يكن هناك نص على تحديد سلطته ، اتبعت القواعد التى سنتولى بسطها .

(٣) وقد ينص عقد تأسيس الشركة ، وبخاصة إذا لم يكن فى الشركة غير شريكين

اثنين ، أنه إذا انحلت الشركة كان لأحدهما الحق أن يوفى الشريك الآخر مبلغاً معيناً أو قيمة حصيه مقدرة حسب دفاتر الشركة ، ويستأثر هو بمال الشريك (انظر م ٩١٩ لبنان آنفاً حقرة ٧١١ فى الهامش - أوبرى ورو وإسمان ٦ حقرة ٣٨٤ ص ٦٢ - بلانيول وريبير وليبارنيير

(الوسيط - م ٢٦)

٢٥٣ - الأعمال التمهيدية للتصفية : يبدأ المصنف باتخاذ الإجراءات

اللازمة للتمهيد لأعمال التصفية ، فيجرد أموال الشركة ويحرر قائمة بالجرد ، ويضع كشفاً تفصيلياً يبين ما للشركة من حقوق وما عليها من ديون ، وذلك بعد أن يتسلم دفاتر الشركة وأوراقها ومستنداتها . ويعاونه في كل ذلك الذين كانوا يقومون بإدارة الشركة قبل حلها .

وتقول المادة ٩٢٧ من تفنين الموجبات والعقود اللبثاني في هذا الصدد :
« على المصنف القضائي وغير القضائي عند مباشرته العمل أن ينظم بالاشتراك مع مديري الشركة قائمة الجرد وموازنة الحسابات بما لها وما عليها . وعليه أن يستلم ويحفظ دفاتر الشركة وأوراقها ومقوماتها التي يسلمها إليه المديرون ، وأن يأخذ علماً بجميع الأعمال المتعلقة بالتصفية على دفتر يومية وبحسب ترتيب تواريجها وفقاً لقواعد المحاسبة المستعملة في التجارة ، وأن يحتفظ بجميع الأسناد المثبتة وغيرها من الأوراق المختصة بالتصفية (١) » .

= ١١ فقرة ١٠٧١ مكررة) . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الأصل في تصفية الشركات عند انقضاءها هو قسمة أموالها بحسب سعر بيعها أو توزيع هذه الأموال عيناً على الشركاء كل بنسبة حصته في صافي أموالها إن أمكن ، إلا أنه من الجائز للشركاء أن يتفقوا مقدماً فيما بينهم على أنه عند انقضاء مدة الشركة تنحل من تلقاء نفسها وتصبح أصولها وخصومها والتوقيع عنها من حق أحد الشريكين على أن يتحمل بجميع ديونها ويعطى الشريك الآخر ما يخصه في موجوداتها بحسب ما تسفر عنه الميزانية التي تعمل بمعرفة الطرفين . ولفظ الميزانية إذا ذكر مطلقاً من كل قيد ينصرف بداهة إلى ميزانية الأصول والخصوم الجاري العمل بها في الشركات أثناء قيامها والتي تقدر فيها الموجودات بحسب قيمتها الدفترية ، لا بحسب سعرها المتداول في السوق (نقض مدني ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٥٤ ص ٩٩١) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٧٢٣ في الهامش - ولا توضع الاختتام على أموال الشركة ، إذ أن ذلك يعطل أعمال التصفية . ولكن يجوز لدائني الشركة أن يحصلوا على أمر من القضاء بوضع الاختتام كإجراء تحفظي لمحافظة على حقوقهم (الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٥٤٥) . كذلك يجوز وضع الشركة وهي في حالة التصفية تحت الحراسة كإجراء تحفظي مؤقت . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين ما جاء في الحكم أن المحكمة قد أقامت قضاءها بالحراسة

٢٥٤ - استيفاء حقوق الشركة : ويعتمد المصنف إلى استيفاء حقوق

الشركة من الغير ، فيتخذ جميع الإجراءات اللازمة لاستيفاء هذه الحقوق . ويدخل في ذلك مقاضاة المدينين للشركة ، واتخاذ الوسائل التحفظية بالنسبة إلى هذه الحقوق ، والتنفيذ على المدينين .

وليس له أن يعقد صلحاً أو تحكيمياً إلا باتفاق جميع الشركاء^(١) ، ولا أن يتخلى عن تأمينات إلا مقابل تأمينات أخرى معادلة ، ولا أن يبرئ ذمة المدينين^(٢) .

٢٥٥ - وفاء ديون الشركة : ويقوم المصنف في الوقت ذاته بوفاء ما على

الشركة من ديون ، فيحصر دائتي الشركة وما لهم من حقوق في ذمتها ، وينشر الإعلانات اللازمة لدعوة جميع دائتي الشركة إلى التقدم بمستنداتهم .

= على أموال الشركة استناداً إلى ما تجمع لديها من أسباب معقولة تحسنت معها الخطر العاجل من بقاء المال تحت يد حائزها ، وكان ما يدعيه الطاعن من أن الشركة قد حلت وأصبحت لا وجود لها مردوداً بأن شخصية الشركة تبقى قائمة بالقدر اللازم للتصفية وحتى تنتهى هذه التصفية ، ولما كانت مأمورية الحارس هي تسليم وجرد أموال الشركة بحضور طرفي الخصوم للمحافظة على حقوق الطرفين المتنازعين بإثبات ما تكشفته عنه أوراق الشركة وما هو ثابت في السجلات العامة من حقوق أوديون أو ما يصل إلى علم الحارس من أى طريق كان لمعرفة الحقوق المالية التي تصلح عنصراً للتصفية وليس من شأنه الإضرار بأى من الطرفين إذ أنه لا يقتضى البحث في سند حق كل منهما ، فإن الحكم لا يكون مخالفاً للقانون (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢ ص ٦٣) .

(١) انظر عكس ذلك فورنييه فقرة ١٣٣ ص ١٥٧ - أنهيكلوبيدي دالوز ه لفظ

société civile فقرة ٢٤٦ .

(٢) ونقول المادة ٩٣٢ من التقنين المدني في هذا الصدد : « لا يجوز للمصنف عقد

الصلح ولا التحكيم ولا التخلي عن التأمينات إلا مقابل بدل أو تأمينات أخرى معادلة لها . كذلك لا يجوز له أن يبيع جزأاً من المحل التجاري الذي فوضت إليه تصفيته ، ولا أن يجري تفرغاً بلا عوض .. » (انظر آنفاً فقرة ٧٢٣ في الهامش) .

فن كان دينه من هؤلاء المدينين قد حل قبل انقضاء الشركة أو أثناء التصفية ، وفاه حقه فوراً ، وإذا لم يحضر لاستيفاء حقه جاز للمصنفى إيداعه خزائنة المحكمة على ذمة الدائن . أما الديون المؤجلة فلا تحل بالتصفية كما تحل بالإفلاس ، بل تبقى على آجالها ، فإذا استطاع المصنفى أن يوفىها أصحابها بعد اقتطاع ما يقابل الأجل وكان فى ذلك مصلحة للشركة فعل ، وإلا اقتطع من أموال الشركة ما يفي بهذه الديون ووضعها فى محل أمين حتى يحل الدين فيوفيه^(١) . كذلك الديون المتنازع فيها ، يقتطع لها المصنفى ما يفي بها ويضعه فى محل أمين حتى ينحسم النزاع . وقد يكون أحد الشركاء دائناً للشركة ، بأن يكون مثلاً قد أنفق مصروفات لمصلحة الشركة من حقه أن يستردها منها أو أن يكون قد أقرضها مبلغاً من المال ، فيفى المصنفى الشريك الدائن هذه الحقوق ، شأن الشريك فى ذلك شأن سائر دائنى الشركة^(٢) .

وإذا لم تكن أموال الشركة كافية لوفاء الديون المستحقة عليها ، وكان لدائنى الشركة أن يرجعوا فيمابقى لهم من حقوق على أموال الشركاء الخاصة على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، وجب على المصنفى أن يطلب من كل شريك أن يقدم من ماله الخاص ما هو ملتزم به لوفاء ديون الشركة^(٣) .

(١) وهذا ما لم ير من المصلحة أن يوفى الديون المؤجلة فوراً إذا كان الأجل لمصلحة الشركة فينزل عن الأجل . وإذا تخلف بعض دائنى الشركة عن التقدم لاستيفاء حقوقهم ، وقسمت أموال الشركة بعد التصفية على الشركاء كان لدائنى الشركة حق تتبع أعيان الشركة بيد الشركاء ، فيتقدمون فيها على الدائنين الشخصيين للشركاء ، وإلا فإن دائنى الشركة يرجعون على الشركاء فى أموالهم الخاصة ويزاحمهم فيها دائنو الشركاء الشخصيون (فورنييه فقرة ١٣٧) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٠٣ - وانظر المادة ٩٢٩ من التقنين اللبنانى آنفاً فقرة ٧٢٣ فى الهامش .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٩٣ - وانظر م ٩٣٠ من التقنين اللبنانى آنفاً فقرة ٧٢٣ فى الهامش . وانظر عكس ذلك الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٥٤٩ .

٢٥٦ - بيع أموال الشركة بالقدر الضروري للتصفية : والمصطفى

أن يبيع أموال الشركة ، منقولا كانت أو عقاراً ، بالمزاد أو بالممارسة ، إذا كان هذا البيع ضرورياً لأعمال التصفية^(١) . فيبيع منقولات الشركة وعقاراتها للوفاء بديونها إذا لم يكن في مال الشركة نقود كافية للوفاء بهذه الديون . وقد كان المشروع التمهيدى للفقرة الثانية من المادة ٥٣٥ مدنى بنص على أن البيع لا يجوز « إلا بالقدر اللازم لوفاء ديون الشركة » ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد اهتم المشروع أيضاً بأن يذكر صراحة أن سلطة المصطفى فى بيع أموال الشركة تتحدد بالقدر اللازم لوفاء ديونها ، لأنه إذا تم وفاء تلك الديون ، وأمكن بذلك تحديد الصافى من أموال الشركة ، فإن الغرض من التصفية يكون قد تحقق ، وتزول الشخصية المعنوية للشركة ، ويصبح الشركاء ملاكاً على الشيوع للأموال الباقية التى تجب قسمتها بينهم »^(٢) . ولكن حذف هذا القيد فى لجنة مجلس الشيوخ^(٣) . فأصبح من الجائز للمصطفى أن يبيع منقولات الشركة وعقاراتها لغير وفاء الديون . ويتحقق ذلك إذا كانت عين من أعيان الشركة غير قابلة للقسمة عيناً ، فيبيعها المصطفى حتى يوزع ثمنها بين الشركاء^(٤) . كذلك يبيع المصطفى البضائع التى لا تزال مملوكة

(١) وقد تقتصر تصفية الشركة على المنقول وترجأ تصفية العقار المتنازع فيه . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ قصر تصفية الشركة على المنقول وأرجأ تصفية العقار حتى يفصل نهائياً فى النزاع الجدى الذى قام على ملكيته بين الشركة وبين الشركاء الموصين ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٥ ص ١١٦٣) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩٩ .

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٠ - ص ٤٠١ - وانظر آنفاً فقرة

٧٢٣ فى الهامش .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن لكل مصف الحق فى بيع أعيان الشركة ، =

للشركة والأدوات . وقد تكون سلطة المصفي المنصوص عليها في قرار تعيينه تمكنه من بيع جميع منقولات الشركة وعقاراتها ، حتى يتيسر له توزيع هذه الأموال نقداً على الشركاء ، ففي هذه الحالة يجوز له أن يبيع كل أموال الشركة لهذا الغرض (١) .

ويبدو ، بعد أن حذف من الفقرة الثانية من المادة ٥٣٥ مدني القيد الذي كان يقضي بأن تكون سلطة المصفي في بيع أموال الشركة مقصورة على القدر الضروري لوفاء ديون الشركة ، أنه يجوز للمصفي أن يبيع منقولات الشركة وعقاراتها ، بالمزاد أو بالممارسة ، دون قيد . فإذا رأى أن يحول أموال الشركة نقوداً حتى تتيسر له قسمتها على الشركاء فعل ، وذلك ما لم ينص في أمر تعيينه على تقييد هذه السلطة . ويؤيد ذلك ما ورد في مناقشات لجنة مجلس الشيوخ في هذا الصدد : « روى حذف عبارة : ولكن لا يجوز له أن يبيع إلا بالقدر اللازم لوفاء ديون الشركة ، الواردة في آخر الفقرة الثانية ، لأن الشركة في هذه الحالة تكون في حالة تصفية ، فمن الطبيعي أن يبيع المصفي كل موجودات الشركة ، عقاراً أو منقولا ، لتحديد الصافي الواجب قسمته بين الشركاء وتحديد نصيب كل منهم » (٢) .

= سواء كان بالمزاد العمومي أو بالممارسة متى كانت ورقة التعيين لا تمنع ذلك ، ومادام حصول القسمة المادية غير ممكن ، فالبيع لازم لأجل إتمام التصفية (استئناف وطني ٣ أكتوبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣٧٥) .

(١) وتقول المادة ٩٢٨ من التقنين اللبناني في هذا الصدد : « إن المصفي يمثل الشركة الموضوعة تحت التصفية ، ويدير شؤونها . وتشمل وكالته جميع الأعمال الضرورية لتصفية مالها وإيفاء ما عليها ، وتشمل خصوصاً . . البيع القضائي لأموال الشركة غير المنقولة التي لا تتسنى قسمتها بسهولة ، وبيع البضائع الموجودة في المستودع وبيع الأدوات . كل ذلك مع مراعاة القيود الموضحة في الصك الذي أقامه مصفياً ، ومراعاة القرارات التي يتخذها الشركاء بالإجماع في أثناء التصفية » (انظر آنفاً فقرة ٧٢٣ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٠ - وانظر آنفاً فقرة ٧٢٣ في الهامش - هذا ويجوز للمصفي أن يمهده إلى الغير ببعض أعمال التصفية ، وأن يستأنس برأي الخبراء في الأعمال =

٢٥٧ - من الشراء في مرافعة أعمال التصفية : والمصفي باعتباره

وكيلا عن الشركاء يجب أن يقدم لهم حساباً عن أعمال التصفية التي قام بها^(١). وإذا طلب أحد الشركاء ، أثناء إجراء التصفية ، أن يحصل على معلومات عن هذه الإجراءات ، وجب على المصفي أن يوافيه بمعلومات كافية عن ذلك ، وأن يضع تحت تصرفه الدفاتر والأوراق والمستندات المختصة بأعمال التصفية^(٢). وتقول المادة ٩٣٥ من التقنين اللبناني : « يجب على المصفي ، عند كل طلب ، أن يقدم للشركاء أو لأصحاب الحقوق الشائعة المعلومات الوافية عن حالة التصفية ، وأن يضع تحت تصرفهم الدفاتر والأوراق المختصة بأعمال التصفية ». وتقول المادة ٩٣٦ من نفس التقنين : « إن المصفي ملزم بالموجبات التي تترتب على الوكيل المأجور فيما يختص بتقديم حساباته وإعادة المال الذي قبضه عن طريق وكالته . وعليه أن ينظم عند نهاية التصفية قائمة الجرد وموازنة الموجودات والديون ، ويلخص فيها جميع الأعمال التي أجراها والحالة النهائية التي نتجت عنها ». وتقول المادة ٩٣٩ من نفس التقنين : « بعد نهاية التصفية وتسليم الحسابات يودع المصفي دفاتر الشركة المنحلة وأوراقها ومستنداتها قلم المحكمة أو محلا آخر أميناً تعينه المحكمة ، ما لم تعين غالبية الشركاء شخصاً

= التي يقوم بها ، ولكنه يبقى هو المسئول وحده أمام الشركاء . ولكن لا يجوز له أن يمهّد للغير بأن يقوم بجميع أعمال التصفية (استئناف مخطئ ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠٠) ، لأن شخصية المصفي ملحوظة وقت تعيينه ، فيجب أن يقوم هو بنفسه بأعمال التصفية إلا ما يحتاج فيه إلى معاونته الغير أو إلى رأى خبير . وتقول المادة ٩٣٣ من التقنين اللبناني في هذا الصدد : « يحق للمصفي أن يستنيب غيره في إجراء أمر أو عدة أمور معينة ، ويكون مسئولاً عن الأشخاص الذين يستنيبهم ، وفاقاً للقواعد المختصة بالوكالة » (انظر آنفاً فقرة ٧٢٣ في الهامش) .

(١) ويبدو أن مسئوليته تكون كمسئولية الوكيل ، فتزيد هذه المسئولية إذا كان بأجر (انظر في مسئوليته المصفي فورنييه فقرة ١٣٩) .

(٢) فورنييه فقرة ١٣٢ ص ١٥٤ .

لاستلامها . ويجب أن تبقى محفوظة في المحل المذكور مدة خمس عشرة سنة من تاريخ الإيداع . ويحق لذوى الشأن ولورثتهم أو خلفائهم في الحقوق أو للمصنفين أن يراجعوا المستندات ويدققوا فيها « (١) . ولم ترد في التقنين المصرى نصوص تقابل هذه النصوص الواردة في التقنين اللبناني ، فلا يسرى من هذه الأحكام في مصر إلا ما كان يتفق مع القواعد العامة ، فلا يسرى مثلاً وجوب حفظ أوراق التصفية مدة خمس عشرة سنة من وقت الإيداع ، فهذا الحكم لا يقوم إلا بنص خاص .

٢٥٨ — أجرة المصنفى : ولم يعرض التقنين المسمى المصرى لأجر

المصنفى ، فيجب تطبيق القواعد العامة . ولما كان المصنفى وكيلاً عن الشركاء ، وكان الأصل في الوكالة ألا تكون مأجورة إلا إذا اتفق على أجر للوكيل (م ٧٠٩ مدنى) ، فالظاهر أنه لا بد من النص على أجر للمصنفى في قرار تعيينه الصادر من أغلبية الشركاء أو من القضاء (٢) . ويغلب أن يعين له أجر ، وبخاصة إذا كان أجنبياً من غير الشركاء (٣) .

(١) انظر في كل هذه النصوص آنفاً فقرة ٧٢٣ في الهامش .

(٢) قارن فورنييه فقرة ١٣١ ص ١٥٢ .

(٣) ومع ذلك فقد قضت محكمة مصر الكلية بأن المصنفى يعتبر وكيلاً عن الشركة بأجره وبأنه إذا حكمت المحكمة بحل شركة وبتميين مصف وقدرت له أمانة يدفعها المدعى ، ثم أحجم طرفا الدعوى عن دفع الأمانة ، فإن ذلك لا يحول دون أن تسير المحكمة في تنفيذ حكمها بإجراء التصفية وبتكليف المصنف مباشرة عمله في الحدود التى رسمها له الحكم على أن يتقاضى أجره من مال الشركة بالقدر المعين في الحكم أو بما يزيد عنه حسب قيامه بعمله وتقدير المحكمة له مستقبلاً . ولا تقاس حالة المصنف على المادة ٢٢٧ مرافعات من أنه إذا لم تردع أمانة الخبير من الخصم المكلف بإيداعها ولا من غيره من الخصوم ، فلا يلزم الخبير بأداء مأموريته ، للخلاف الكبير بين عمل الخبير العادى والمصنف (مصر الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ ، جلسة ٣٦ رقم ٣٠ ص ١١١) .

المطلب الثاني

توزيع الصافي من مال الشركة على الشركاء

٢٥٩ - **النصوص القانونية :** تنص الفقرات الثانية والثالثة والرابعة

من المادة ٥٣٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ٢ - ويختص كل واحد من الشركاء بمبلغ يعادل قيمة الحصة التي قدمها في رأس المال ، كما هي مبينة في العقد ، أو يعادل قيمة هذه الحصة وقت تسليمها إذا لم تبين قيمتها في العقد ، ما لم يكن الشريك قد اقتصر على تقديم عمله أو اقتصر فيما قدمه من شيء على حق المنفعة فيه أو على مجرد الانتفاع به » .

« ٣ - وإذا بقي شيء بعد ذلك ، وجبت قسمته بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم في الأرباح » .

« ٤ - أما إذا لم يكف صافي مال الشركة للوفاء بمحصول الشركاء ، فإن الخسارة توزع عليهم جميعاً بحسب النسبة المتفق عليها في توزيع الخسائر »^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢/٧٢٠ و ٤١٣ على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٥٣٦ و ٤١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٢ - ص ٤٠٥) .

م ٥٠٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٣٤ - ٥٣٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ٢/٦٥٥ - ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(١).

٢٦٠ - مفهوم الشراء في الصافي من مال الشركة : فإذا تمت

تصفية أموال الشركة على الوجه السابق بيانه ، انتهت الشخصية المعنوية للشركة ، فقد كانت هذه الشخصية قائمة مؤقتاً في الحدود اللازمة للتصفية كما سبق القول ، فبإنهاء التصفية تنعدم هذه الشخصية نهائياً .

ومن ثم فإن المال الذي يتبقى ، وهو صافي مال الشركة بعد وفاء ديونها ، يصبح مملوكاً في الشيوع للشركاء ، كل منهم بقدر نصيبه ، سواء في ذلك شمل هذا المال أعياناً معينة بالذات ، أو لم يشمل إلا نقداً إذا باع المصنفي منقولات الشركة وعقاراتها لتحويلها إلى نقود على النحو الذي سبق بيانه^(٢) .

أما الطريقة التي يوزع بها هذا المال الشائع على الشركاء فتكون باختصاص كل واحد منهم بما يعادل قيمة حصته في رأس المال . فإذا بقي من مال الشركة شيء بعد ذلك ، كان الباقي أرباحاً ، ووزعت هذه

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٥٠٤ و ٣ و ٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٥٣٤ و ٣ و ٤ (مطابق) .

م ٥٣٥ : ١ - يحق للشركاء الذين ساهموا بتقديم أشياء لمجرد الانتفاع بها استردادها بالحالة التي هي عليها . ٢ - أما إذا هلكت هذه الأشياء أو تضررت لسبب يرجع إلى القائمين بالإدارة ، فيحق للشركاء أن يطالبوا بالتعويض عن الضرر على حساب أموال الشركة ، دون المساس بالحق في ملاحقة المديرين . (وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

التقنين المدني العراقي م ٢/٦٥٥ (موافق - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٦٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل ، ولكن نصوص التقنين المصري تتفق مع القواعد العامة فيمكن تطبيقها في لبنان .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٧٣١ .

الأرباح بالنسبة المتفق عليها في توزيع الأرباح . أما إذا لم يف مال الشركة بخصص الشركاء ، فإما نقص عن هذه الحصص فهو خسائر ، توزع بين الشركاء أيضاً بالنسبة المتفق عليها في توزيع الخسائر^(١) .

ومن ثم يكون هناك محل : (أولاً) لتوزيع قيمة الحصص على الشركاء . (ثانياً) لتوزيع ما زاد على هذه الحصص باعتبار الزائد أرباحاً . (ثالثاً) أو لتوزيع ما نقص عن هذه الحصص باعتبار الناقص خسائر .

٢٦١ - توزيع ما يعادل قيمة الحصص على الشركاء : فيبدأ المصنف بأن يخصص من صافي مال الشركة ، لكل شريك ، مبلغاً يعادل قيمة الحصة التي قدمها في رأس المال .

ويغلب أن تكون قيمة حصة كل شريك مبنية في عقد تأسيس الشركة . وعند ذلك يخصص للشريك من صافي مال الشركة ما يعادل هذه القيمة المبنية في العقد .

أما إذا كانت قيم حصص الشركاء غير مبنية في عقد تأسيس الشركة ، وجب على المصنف تقويم هذه الحصص وقت تسليمها للشركة من الشركاء . ويرجع في ذلك إلى أوراق الشركة ومستندات ودفاترها وإلى رأى الخبراء وشهادة الشهود عند الاقتضاء . وإذا نازع الشريك في القيمة التي قدرت بها حصته كان له أن يلجأ إلى القضاء ، ولقاضي الموضوع الكلمة الأخيرة في هذا التقدير .

وقد تكون حصة الشريك عملاً قدمه للشركة ، فلا يخصص الشريك في هذه الحالة بشيء . ذلك أن حصته في الواقع من الأمر هي استنفاد هذا العمل ، فلا يبقى شيء يسترده . ولكن تقدر قيمة هذا العمل مع

ذلك ، لا لتخصيص هذه القيمة للشريك ، ولكن لتقدير النسبة التي يساهم فيها الشريك في الأرباح وفي الخسائر إذا لم تكن هناك نسبة أخرى محددة لذلك ، على ما سيأتى .

، وقد تكون حصة الشريك حق المنفعة فى شىء معين بالذات (droit d'usufruit) أو مجرد حق شخصى فى الانتفاع بشىء معين بالذات (droit personnel de jouissance) ، فلا يختص الشريك فى هذه الحالة أيضاً بشىء من حصته ، لأن الحصة هنا كما فى العمل هى استنفاد منفعة الشىء أو الانتفاع به ، فلا يبقى للشريك شىء يسترده . وتقدر قيمة المنفعة أو حق الانتفاع لمعرفة النسبة التى يساهم بها الشريك فى الأرباح وفى الخسائر ، كما رأينا عندما تكون الحصة عملاً^(١) .

٢٦٢ - توزيع الأرباح بين الشركاء : وعندما يتخصص لكل

شريك قيمة حصته على الوجه المتقدم بيانه ، ويبقى بعد ذلك شىء من صافى مال الشركة ، فإن الباقى يعتبر أرباحاً للشركة ، ويوزع بين الشركاء بالنسبة التى توزع بها الأرباح .

وقد قدمنا أن عقد الشركة قد ينص على النسبة التى توزع بها الأرباح بين الشركاء^(٢) ، فتلتزم هذه النسبة لقسمة الباقى من صافى مال الشركة بين الشركاء . أما إذا لم يكن عقد الشركة قد نص على النسبة التى توزع

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد الفقرة الثانية من المادة ٥٣٦ مدنى : « والفقرة الثانية تبين كيفية قسمة رأس المال بين الشركاء . فإذا كانت الحصة التى قدمها الشريك هى مال معين ، فله ما يعادل قيمتها المبينة بالعقد ، أو قيمتها وقت تسليمها إن لم تكن مبينة بالعقد : م ٥٨٨ من التقنين البولونى . وإذا كان الشريك قد اقتصر على تقديم عمله أو كانت حصته هى حق المنفعة بمال أو مجرد الانتفاع به ، فإنه لا يتصور استرداده لقيمة الحصة فى هذه الحالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٨٩ وما بعدها .

بها الأرباح ، فقد قدمنا أن الأرباح توزع بنسبة حصة كل شريك في رأس المال^(١) . ومن ثم يوزع الباقي من صافي مال الشركة على الشركاء كل منهم بنسبة حصته في رأس المال^(٢) .

فإذا فرضنا أن الصافي من مال الشركة هو خمسة آلاف ، وأن الشركاء عددهم ثلاثة ، وقدرت حصة الأول في رأس المال بألف وحصة الثاني بثمانمائة وحصة الثالث بسبعمائة ، خصص لكل شريك قيمة حصته ، فيكون مجموع الحصص ألفين وخمسمائة ، والباقي من صافي مال الشركة - وهو ألفان وخمسمائة أيضاً - يعتبر أرباحاً . فإذا كانت هناك نسبة متفق عليها لتوزيع الأرباح ، وزع الباقي على الشركاء بهذه النسبة . أما إذا لم تكن هناك نسبة متفق عليها ، وزع الباقي بنسبة الحصص . فليأخذ كل شريك في هذه الحالة حصته مضاعفة ، مرة عن قيمة حصته ومرة أخرى عن نصيبه في الربح ، لأن قيمة الحصص في الفرض الذي نحن بصدده معادلة لقيمة الأرباح .

٢٦٣ - توزيع الخسائر بين الشركاء : أما إذا لم يف الصافي من مال الشركة بحصص الشركاء ، فإن ما نقص من هذه الحصص يعتبر خسائر ، ويوزع على الشركاء بالنسبة التي توزع بها الخسائر . فإن كان متفقاً على نسبة معينة ، التزمت هذه النسبة في توزيع ما نقص من صافي مال الشركة عن قيمة الحصص . وإن لم يكن متفقاً على نسبة معينة ، كان التوزيع على كل شريك بنسبة حصته في رأس المال^(٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩٢ وما بعدها .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية

٤ ص ٤٠٤ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٤٠٤ .

فإذا فرضنا أن الصافي من مال الشركة هو ألفان ، وأن الشركاء عددهم ثلاثة ، وقدرت حصة الأول في رأس المال بثلاثة آلاف ، وكانت حصة الثاني منفعة قدرت بخمسمائة ، وكانت حصة الثالث عملاً قدر بخمسمائة أخرى ، خصص للشريك الأول من صافي مال الشركة قيمة حصته ، أما الثاني الذي حصته منفعة والثالث الذي حصته عمل فلا يأخذان شيئاً عن حصتهما^(١) كما سبق القول . فتبين أن صافي مال الشركة لا يفي بحصة الشريك الأول ، إذ الصافي ألفان وحصة الشريك الأول ثلاثة آلاف ، فيأخذ الشريك الأول كل الألفين ، وما نقص وهو ألف يعتبر خسائر . فإذا لم تكن هناك نسبة متفق عليها في توزيع هذه الخسائر بين الشركاء ، وزعت عليهم كل بنسبة حصته . ومن ثم يوزع الألف ، وهو الخسائر ، على الشركاء الثلاثة بنسبة حصصهم ، أي بنسبة ثلاثة آلاف حصة الأول إلى خمسمائة حصة الثاني إلى خمسمائة حصة الثالث . فيتحمل الشريك الأول ثلاثة أرباع الخسائر ، أي سبعمائة وخمسين من الألف ، ويتحمل كل من الشريكين الآخرين نصف الربع من الخسائر . فيرجع الشريك الأول على كل منهما بمائة وخمسة وعشرين ، فيكون ما يأخذه منهما معاً مائتين وخمسين ، وذلك إلى جانب الألفين وهو المبلغ الذي سبق أن خصص له في مقابل حصته .

(١) ولكن يسترد الشريك الذي حصته منفعة العين المنتفع بها ، ويستردها بالحالة التي هي عليها . وإذا هلك أو تمييت بخطأ المديرين ، رجع الشريك بالتعويض على الشركة ، دون إخلال بمسئولية المديرين . أما إذا هلك بسبب أجنبي ، فالهلاك على الشريك . انظر في هذا المعنى م ٥٣٥ ليبى آنفاً فقرة ٢٥٩ في الهامش ، وانظر أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٨٥ ص ٦٨ - جوسران ٢ فقرة ١٣٣٧ .

وإذا كانت حصة الشريك هي الانتفاع بترخيص (perms) أو بالاتزام (concession) ، كان لهذا الشريك استرداد الترخيص أو الالتزام عند تصفية الشركة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٦٣) .

٢٦٤ - القسمة بين الشركاء - نص قانوني : وتنص المادة ٥٣٧

من التقنين المدني على ما يأتي : « تتبع في قسمة الشركات القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع » (١) .

ويخلص من ذلك أنه متى تحدد نصيب كل شريك في الصافي من مال الشركة على النحو الذي تقدم بيانه ، فتخصص لكل شريك قيمة حصته في رأس المال ، يضاف إليها نصيبه في الأرباح أو ينقص منها نصيبه في الخسائر ، فقد أصبح هذا الصافي من مال الشركة - وهو مملوك في الشيوع لجميع الشركاء كما قدمنا - محددًا فيه نصيب كل شريك شائعاً .

فإذا كان صافي مال الشركة نقداً ، فيسر توزيعه على الشركاء ، كل بنسبة نصيبه ، ولا محل في هذه الحالة لإجراء القسمة عيناً .

أما إذا كان هذا الصافي أعياناً معينة بالذات ، منقولاً كان أو عقاراً ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦٥ في المشروع النهائي ، ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٠٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٣٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٥٦ (مطابق) . وانظر في شركة الوجوه وشركة المنافسة وشركة

الأعمال في التقنين المدني العراقي المواد ٦٥٨ إلى ٦٨٣ من هذا التقنين .

تقنين الموجبات والعقود البنائي : يورد أحكام قسمة الأموال الشائعة تفصيلاً في المواد

٩٤١ إلى ٩٤٩ - ذلك أن هذا التقنين قد جمع بين شركة الملك (أى المال الشائع) وشركة

المقد ، فصح أن يورد أحكام قسمة المال الشائع في كتاب الشركات بهذا المعنى الواسع .

أو اشتمل على أعيان معينة بالذات ، بقيت هذه الأعيان شائعة بين الشركاء . وينقضى هذا الشيوع بالقسمة ، شأن كل مال شائع . وقد أحالت المادة ٥٣٧ مدني السالفة الذكر صراحة على القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع . فلكل شريك أن يطالب بالقسمة ، وعتدئذ تسري الأحكام الواردة في المواد ٨٣٤ إلى ٨٤٩ مدني ، وبحثها يكون عند الكلام في الملكية الشائعة .

الباب الثالث

عقد القرض

والداخل الدائم

مقدمة (٥)

٢٦٥ - التعريف بقدر القرض ومفاهيمه - نص قانوني :

تنص المادة ٥٣٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أى شيء مثلى آخر ، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته » (١) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٦٦/٤٦٥ (٢) .

• مراجع : جوار في عقد القرض - أوبري ورو وإيمان الطبعة السادسة جزء ٦ - بودرى وفال الطبعة الثالثة جزء ٢٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه الطبعة الثانية جزء ١١ - دي پاچ ودكرز (Dekkers) جزء ٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه الطبعة الثالثة جزء ٢ - كولان وكابيتان ودي لاموراندير الطبعة العاشرة جزء ٢ - جوسران الطبعة الثانية جزء ٢ - أنيكلويدى دالوز ؛ لفظ prêt - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة جزء ٢ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى في العقود المسماة سنة ١٩٥٣ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢٢ عن المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦٦ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٩ - ص ٤١٠) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٦٦/٤٦٥ : والعارية بالاستهلاك هي أن المير ينقل إلى المستعير ملكية شيء يلتزم المستعير بتمويضه بشيء آخر من عين نوعه ومقداره وصفته بعد الميعاد المتفق عليه .

(والتقنين المدني السابق كان يعتبر القرض عقداً عينياً لا يتم إلا بالتسليم ، أما التقنين المدني الجديد فيعتبره عقداً رضائياً يتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول . والعبرة بتاريخ تكوين العقد ، فإن كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلا يتم القرض إلا بالتسليم ، وإلا تم بمجرد توافق الإيجاب والقبول . على أن العقد الذى لم يتم التسليم فيه قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ يمكن اعتباره وعداً بقرض يجبر الواعد على تنفيذه بتسليم الشيء قيم القرض) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٥٠٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٣٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٨٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٥٤ - ٧٥٥^(١) .

وبمخلص من النص المتقدم الذكر أن عقد القرض محله يكون دائماً شيئاً مثلياً ، وهو في الغالب نقود . فينقل المقرض إلى المقرض ملكية الشيء المقرض ، على أن يسترد منه مثله في نهاية القرض ، وذلك دون مقابل أو بمقابل هو الفائدة . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في محل القرض .

ونقف الآن من عقد القرض عند الخصائص الآتية ، وهي خصائص يمكن استخلاصها من التعريف السالف الذكر : (١) عقد القرض عقد رضائي (٢) وهو عقد ملزم للجانبين (٣) وهو في الأصل عقد تبرع وقد يكون عقد معاوضة .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٠٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٣٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٨٤ : القرض هو أن يدفع شخص لآخر عينا معلومة من الأعيان المالية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها . (والظاهر أن عقد القرض في التقنين العراقي عقد عيني : انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢١٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٥٤ : قرض الاستهلاك عقد بمقتضاه يسلم أحد الفريقين الفريق الآخر نقوداً أو غيرها من المثليات ، بشرط أن يرد إليه المقرض في الأجل المتفق عليه مقدارا يماثلها نوعاً وصفة .

م ٧٥٥ : يتعقد أيضاً قرض الاستهلاك إذا كان لدائن في ذمة شخص آخر على سبيل الوديعة أو غيرها مبلغ من النقود أو المثليات ، فأجاز لمدينه أن يبقى لديه تلك النقود أو الأشياء على الإقراض . (والظاهر أن التقنين اللبناني يجعل القرض عقداً عينياً لا يتم إلا بالتسليم ، ويمتد بالتسليم الحكمي فيما إذا كان الشيء المقرض عند المقرض قبل القرض على سبيل الوديعة أو غيرها ويستتبعه المقرض بمقد القرض) .

٢٦٦ - القرض عقد رضائي : يظهر من تعريف القرض كما أورده

المادة ٥٣٨ مدني أن القرض يتم بمجرد تلاقى الإيجاب والقبول ، أما نقل ملكية الشيء المقرض وتسليمه إلى المقرض فهذا التزام ينشئ عقد القرض في ذمة المقرض ، وليس ركناً في العقد ذاته (١) .

ولم يكن الأمر كذلك في التقنين المدني السابق ، إذ كان القرض في هذا التقنين عقداً عينياً لا يتم إلا بتسليم الشيء المقرض إلى المقرض ونقل ملكيته إليه (م ٤٦٥ / ٥٦٦ مدني سابق) . وكان التقنين المدني السابق يسير في ذلك على غرار التقنين المدني الفرنسي . وكلا التقنينين ورثا عينية عقد القرض عن القانون الروماني دون مبرر . فقد كانت هذه العينية مفهومة في القانون الروماني حيث كانت العقود في الأصل شكلية ، ثم استغنى عن الشكل بالتسليم في العقود العينية ومنها القرض . ولم يسلم القانون الروماني بأن التراضي وحده كافٍ لانعقاد العقد إلا في عدد محصور من العقود سمي بالعقود الرضائية . أما اليوم فقد أصبحت القاعدة أن التراضي كافٍ لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتضى لإحلال التسليم محل الشكل ، إذ لم نعد في حاجة لا إلى الشكل ولا إلى التسليم . وهذا هو اتجاه التقنينات الحديثة ، فإن تقنين الالتزامات السويسري (م ٣٢١ و م ٣٢٩) جعل القرض عقداً رضائياً ، وعلى نهجه سار التقنين المدني المصري الجديد (٢) .

وعينية عقد القرض في القانون الفرنسي ينتقلها النقص بحق ، إذ هي كما قدمنا ليست إلا أثراً من آثار تقاليد القانون الروماني بقي بعد أن زال

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٤١٠ .

(٢) انظر الوسيط للمؤلف ١ فقرة ٤٩ .

مبرره . وكان بوبييه يقيمها على أساس أن المقرض لا ينبغي أن يلتزم برد مثل الشيء المقرض إلا بعد أن يقبض هذا الشيء^(١) . ويمكن الرد على ذلك بأنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم عقد القرض قبل أن يتولد في ذمة المقرض التزام برد المثل ، ثم يتولد هذا الالتزام بعد أن ينفذ المقرض التزامه بإعطاء الشيء إلى المقرض . وهذا هو الذي يحدث في عقد الإيجار ، فإن المستأجر لا يلتزم برد العين المؤجرة إلا بعد أن ينفذ المؤجر التزامه بتسليمها إياه ، ومع ذلك يتم عقد الإيجار قبل هذا التسليم إذ هو عقد رضائي دون شك^(٢) .

على أنه لا توجد أهمية عملية من القول بأن القرض عقد عيني لا يتم إلا بالتسليم ، ما دامت الرضائية هي الأصل في التعاقد . ففي القانون الفرنسي يمكن أن يحل محل القرض العيني وعد بالقرض رضائي ينتهي إلى ذات النتيجة التي ينتهي إليها القرض العيني . وما على المتعاقدين إلا أن يتعاقدا على وعد بالقرض ، فيعد أحدهما الآخر أن يقرضه شيئاً . ويتم الوعد في هذه الحالة بمجرد التراضي ، لأن الأصل في التعاقد الرضائية كما قدمنا . وعند ذلك يستطيع الموعود له أن يجبر الواعد على تنفيذ وعده ، فيتسلم منه الشيء الموعود بقرضه ، فتصل بذلك عن طريق الوعد بالقرض إلى القرض الكامل^(٣) .

(١) بوبييه في الالتزام فقرة ٦ - وانظر أيضاً جيوار فقرة ٨ - فقرة ٩ .

(٢) بودري وقال ٢٣ فقرة ٥٩٦ وفقرة ٧٠١ .

(٣) انظر في تفصيل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٢٢ - فقرة ١٢٣ - الأستاذ

محمود جمال الدين زكي في العقود المسماة ص ١٧٧ هامش ١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٣٦ - وانظر في عهد التقنين المدني السابق حيث كان القرض عقداً عينياً وكان يمكن أن يسبقه وعد ملزم بالقرض : استئناف مخطوط ٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٦ ص ١٨٧ - وقارن استئناف مخطوط ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٩ .

٢٦٧ - القرض عقد ملزم للجانبين : والقرض ينشئ التزامات

مقابلة في جانب كل من المقرض والمقرض ، فهو إذن عقد ملزم للجانبين . والالتزامات التي ينشئها في جانب المقرض هي أن ينقل ملكية الشيء المقرض ويسلمه إياه ، ولا يسترده منه إلا عند نهاية القرض ، ويضمن الاستحقاق والعيوب الخفية . أما الالتزامات التي ينشئها في جانب المقرض فهي أن يرد المثل عند نهاية القرض وأن يدفع المصروفات ، وقد يدفع فوائد مقابلاً للقرض . وسياق تفصيل كل ذلك .

وليس القرض عقداً ملزماً للجانبين منذ أصبح عقداً رضائياً فحسب ، بل هو في نظرنا كان ملزماً للجانبين حتى لما كان عقداً عينياً في التقنين المدني السابق . ذلك أن القرض وهو عقد عيني كان ينشئ التزاماً في ذمة المقرض ، لا بالتسليم فإن هذا كان ركناً لا التزاماً ، بل بالامتناع عن استرداد المثل قبل نهاية القرض . يؤكد ذلك ما ورد في الفقرة الأولى من المادة ٥٣٩ مدني من أنه « يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع العقد إلى المقرض ، ولا يجوز له أن يطالبه برد المثل إلا عند انتهاء القرض » . فالالتزام بتسليم الشيء إلى المقرض كان في التقنين المدني السابق ركناً لا التزاماً كما سبق القول ، أما الالتزام بالامتناع عن المطالبة برد المثل إلا عند انتهاء القرض ، فهذا الالتزام قائم في ذمة المقرض سواء كان القرض عقداً رضائياً أو عقداً عينياً . ويتبين من ذلك أن القرض ، عندما كان عقداً عينياً ، كان ينشئ التزاماً في جانب المقرض ، وقد يكون من الالتزامات المقابلة له في جانب المقرض التزام بدفع فوائد مشرطة في العقد . فإذا أخل المقرض بالتزامه من دفع الفوائد ، جاز للمقرض فسخ القرض واسترداد ما أقرض . وهذا التحليل يفسر ما انعقد عليه الإجماع من أن قاعدة الفسخ تسري على عقد القرض ، فلا نكون

في حاجة إلى القول مع بعض الفقهاء إن قاعدة الفسخ تسرى على العقود الملزمة لجانب واحد كما تسرى على العقود الملزمة للجانبين ، ولا إلى مسابرة فقهاء آخرين في تسمية الفسخ في عقد القرض بالإسقاط (déchéance) ، بل يبقى الفسخ على طبيعته مقصوراً على العقود الملزمة للجانبين ومنها عقد القرض حتى لو كان عقداً عينياً . ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم في عقد القرض التزاماً لا ركناً وأصبح القرض عقداً رضائياً ، وذلك أن المقرض إذا فسخ العقد في حالة إخلال المقرض بالتزامه من دفع الفوائد ، فإن المقرض لا يتحلل بذلك من الالتزام بالتسليم ، بل من الالتزام بالامتناع عن المطالبة بالاسترداد إلى نهاية القرض^(١) .

٢٦٨ - الفرض عقد تبرع في الأصل : والأصل في عقد القرض

أن يكون تبرعاً ، إذ المقرض يخرج عن ملكية الشيء إلى المقرض ولا يسترد المثل إلا بعد مدة من الزمن ، وذلك دون مقابل ، فهو متبرع . على أنه إذا اشترط على المقرض دفع فوائد معينة في مقابل القرض ، أصبح القرض عقد معاوضة . ولكن الفوائد لا تجب إلا إذا اشترطت ، إذ الأصل في القرض كما قدمنا أن يكون عقد تبرع . وتقول المادة ٥٤٢ في هذا المعنى : « على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على الفوائد اعتبر القرض بغير أجر » .

٢٦٩ - تمييز القرض عن بعض ما يلتبس به من العقود : والقرض

بتمييز تميزاً واضحاً عن بعض العقود ، فلا يلتبس بها . من ذلك عقد

(١) انظر في الاعتراض على رأينا هذا وفي الرد على الاعتراض الوسيط المؤلف جزء أول

الهبة ، فالقرض ينقل ملكية الشيء على أن يسترد مثله ، أما الهبة فنقل ملكية الشيء على ألا يسترده لا هو ولا مثله . وإنما يشترك القرض بغير فائدة مع الهبة في أن كلا منهما عقد تبرع . ومن ذلك عقد الإيجار ، فالقرض ينقل ملكية الشيء ، أما الإيجار ، فلا ينقل الملكية وإنما يلزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء على أن يردّه بعينه في نهاية الإيجار ، لا أن يرد مثله كما في القرض . وإنما يتشابه القرض بالفائدة والإيجار من الناحية الاقتصادية في أن صاحب المال في الحالتين يجعل الغير ينتفع بماله في نظير مقابل ، ومن هنا سمي المقرض بمؤجر النقود (bailleur de fonds) .

ولكن القرض قد يلتبس بعقود أخرى . نذكر منها بوجه خاص البيع والشركة والوديعة والعارية .

٢٧٠ - تمييز القرض عن البيع : وفي أكثر الأحوال يتميز القرض

في وضوح عن عقد البيع ، فالبيع نقل ملكية المبيع في مقابل ثمن من النقود ، أما القرض فنقل ملكية الشيء المقرض على أن يسترد مثله بفوائد أو بدون فوائد . على أنه قد يدق في بعض الأحوال التمييز بين العقدين ، ونذكر من ذلك ما يأتي :

١ - عندما كان بيع الوفاء جائزاً - كما كان الأمر في التقنين المدني السابق - كان كثيراً ما يلتبس بالقرض ، بل كان كثيراً ما يخفى القرض ، ومن أجل ذلك حرّمه التقنين المدني الجديد . فقد كان المقرض يأخذ من المقرض العين ويسمى العقد بيع وفاء ، ويعطيه مبلغاً من النقود هو في حقيقته قرض ولكن المتعاقدين يسميانه ثمناً . فإذا لم يرد المقرض النقود في الميعاد المحدد ، أصبح المقرض مالكاً للعين ملكية بآنة . ولو سميت الأشياء بأسمائها الصحيحة ، لكانت العين رهناً ، ولما أمكن المقرض

أن يملكها ، بل وجب عليه بيعها في المزداد لاستيفاء القرض^(١) .

٢- ولا يزال هناك ، حتى في التقنين المدني الجديد ، نوع من الاتفاقات هو شرط التملك عند الوفاء ، بمقتضاه يقبل المقرض إذا لم يف القرض في الميعاد ، أن يملك المقرض العين المرهونة في نظير القرض ، فينقلب القرض بيعاً . والفرق بين هذه الصورة والصورة السابقة ، أن العقد في الصورة السابقة يبدأ بيعاً ويبقى بيعاً ، أما في الصورة التي نحن بصددنا فيبدأ العقد قرضاً ثم يتحول بيعاً . وشرط التملك عند عدم الوفاء باطل ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٢ مدني في هذا المعنى على أنه « يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظر ثمن معلوم أيا كان . . . »^(٢) .

٣- وهناك ما يسمى ببيع العينة ، وحقيقته قرض . وصورته أن يبيع المقرض متاعاً للمقرض بثمن معجل يقبضه منه وهذا هو القرض ، ثم يعيد المقرض بيع نفس المتاع من المقرض بثمن مؤجل أعلى من الثمن المعجل الذي دفعه . مثل ذلك أن يبيع شخص ساعة من آخر بثمن معجل هو عشرون مثلاً . فإذا قبض البائع العشرين ، عاد فاشتري الساعة ذاتها من اشتراها منه بخمس وعشرين مؤجلة . فتعود إليه الساعة ،

(١) ومحكمة الموضوع هي التي تستخلص نية المتعاقدين هل انصرفت إلى القرض لا إلى البيع ، وتستخلصها من ظروف القضية . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة حين حالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافاً لظاهره ، قد أقامت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع ، مستخلصة هذه النية من ورقة العقد التي عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذي أجرى في الدعوى والقرائن الأخرى التي أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه ضمن الطاعن في حكمها ، فيتمين رفض هذا الطعن (نقض مدني ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥٥ رقم ١٨٠ ص ٣٩٠) .

(٢) انظر أيضاً بالنسبة إلى رهن الحيازة م ١١٠٨ مدني .

وينتهى الأمر إلى أنه قبض عشرين معجلة سماها ثمن الساعة ، والتزم بخمسة وعشرين مؤجلة ، والفرق فوائد وبغلب أن تكون فوائد فاحشة سترها عقد البيع (١) .

٢٧١ - تمييز القرض عن التبرك : ويتميز القرض عن الشركة تمييزاً واضحاً في أكثر الأحوال . فالقرض يسترد المثل من المقرض ، ولا شأن له بما إذا كان المقرض قد ربح أو خسر من استغلاله للقرض . أما الشريك فلا يسترد حصته من الشركة بعد انقضائها إلا بعد أن يساهم في الربح أو في الخسارة . وقد قدمنا أن هذه المساهمة في الربح وفي الخسارة هي التي تميز الشركة عن القرض .

ويدق التمييز ، كما رأينا عند الكلام في الشركة (٢) ، إذا قدم شخص مالا لآخر ، واشترط عليه أن يسترد مثله وأن يساهم في الربح دون الخسارة . فمن رأى أن هذه شركة رآها شركة باطلة ، إذ هي شركة الأسد (٣) . ومن رأى أن هذا قرض اعتبر أن من قدم المال قد أقرضه للآخر ، واشترط فائدة للقرض هي نسبة معينة من الربح ، وتكون الفائدة هنا أمراً احتمالياً قد يتحقق إذا تحقق ربح وقد لا يتحقق إذا انعدم الربح . وينبني على ذلك أنه إذا تحقق ربح وزاد نصيب المقرض فيه على الفائدة المسموح بها قانوناً ، أنزل النصيب إلى الحد القانوني . وينبني على ذلك أيضاً أن المقرض لا يشترك غالباً في إدارة العمل الذي قدم المال من

(١) وهذا ما كان يوثقه يسميه Mohatra ، ويطلب أن يكون من بيع العينة في الفقه

الإسلامي .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٥٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٧١ .

أجله ، ولا تكون له رقابة عليه إذ ليس بشريك^(١) . ويتوقف الأمر على نية الطرفين ، فإن انصرفت نيتهما إلى المشاركة في العمل ، اعتبر من قدم المال شريكاً اشترط عدم المساهمة في الخسارة فتكون الشركة باطلة ، وإلا كان العقد قرضاً على النحو الذي أسلفناه^(٢) .

وقد تتفق جماعة على أن يقدم كل منهم مبلغاً من النقود ، على أن يأخذ كل منهم بدوره مجموع هذه المبالغ مدة عام مثلاً ، ويردها ليأخذها غيره ، فينتفع كل منهم بمجموع هذه المبالغ مدة معينة . وهذا ما يسمى بقرض الائتمان المؤجل (prêt à crédit différé)^(٣) . فهذا عقد ظاهره شركة تختلط بالقرض ، ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اتفاق مستخدمي متجر على أن يودعوا ما يقتصدونه عند أحدهم ليستثمره لمصلحتهم ، وعند الاقتضاء يقدم منه شيئاً إلى من كان في حاجة إلى ذلك ، لا يعتبر عقد شركة ، بل هو عقد غير مسمى يلزم بين الوكالة والوديعة الناقصة ، فلا يجوز الحكم بالحل والتصفية^(٤) . ولا يجوز لمستخدم منهم خرج من الخدمة أن يطالب بحل الهيئة وتصفيتها ، بل كل ما يستطيع هو أن يطالب بقيمة حصته وقت خروجه^(٥) .

٢٧٢ - تمييز القرض عن الوديعة : ويتميز القرض عن الوديعة في

(١) انظر حكم محكمة استئناف مصر في ٨ أبريل سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٤٤ آنفاً فقرة ١٦٠ في الهامش .

(٢) بودرى وقال ٢٣ فقرة ٦٩٣ - وانظر في الفروق بين الشركة والقرض بودرى وقال ٢٣ فقرة ٦٩٥ بلانيول وريبير وسافتييه ١١ فقرة ١١٣٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ في الهامش - وانظر في هذا القرض في فرنسا بلانيول وريبير وسافتييه ١١ فقرة ١١٤١ مكررة ثالثاً .

(٤) استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٣ .

(٥) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٠ ص ٧٣ .

أن القرض ينقل ملكية الشيء المقرض إلى المقرض على أن يرد مثله في نهاية القرض إلى المقرض ، أما الوديعة فلا تنقل ملكية الشيء المودع إلى المودع عنده بل يبقى ملك المودع ويسترده بالذات . هذا إلى أن المقرض ينتفع بمبلغ القرض بعد أن أصبح مالكا له ، أما المودع عنده فلا ينتفع بالشيء المودع بل يلتزم بحفظه حتى يرده إلى صاحبه .

ومع ذلك فقد يودع شخص عند آخر مبلغاً من النقود أو شيئاً آخر مما يهلك بالاستعمال ، ويأذن له في استعماله ، وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt irrégulier) . وقد حسم التقنين المدني الجديد الخلاف في طبيعة الوديعة الناقصة ، فكيفها بأنها قرض . ونقول المادة ٧٢٦ مدني في هذا المعنى : « إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ، وكان المودع عنده مأذوناً له في استعماله ، اعتبر العقد قرضاً » .

أما في فرنسا فالفقه مختلف في تكييف الوديعة الناقصة . والرأى الغالب هو الرجوع إلى نية المتعاقدين . فإن كان صاحب النقود قصد أن يتخلص من عناء حفظها بإيداعها عند الآخر ، فالعقد وديعة . أما إن قصد الطرفان منفعة من تسلم النقود عن طريق استعمالها لمصلحته ، فالعقد قرض . ويكون العقد قرضاً بوجه خاص إذا كان من تسلم النقود مصرفاً (١) .

٢٧٣ - تمييز القرض هو العارية : وقد درج كثير من التقنيات - منها التقنين الفرنسي والتقنين المصري السابق - على جمع القرض والعارية في مكان واحد وتسمية العقد بالعارية ، وللتمييز بينهما يسمى القرض عارية استهلاك (prêt de consommation) والعارية عارية استعمال (prêt à usage) .

(١) انظر في هذه المسألة بودرى وقال ٢٣ فقرة ١٩٠٢ - فقرة ١٠٩٧ .

والفرق ما بين العقدين فرق جوهري . ففي القرض ينقل المقرض ملكية شيء مثلي على أن يسترد المثل عند نهاية القرض ، ومن ثم كان القرض من العقود التي ترد على الملكية . أما في العارية ، فالمعير لا ينقل ملكية العين المعارة إلى المستعير ، بل يقتصر على تسليمها إياه لينتفع بها على أن يردها بذاتها عند نهاية العارية ، ومن ثم كانت العارية من العقود التي ترد على الانتفاع بالشيء . ومن أجل ذلك فرق الثقبين المدنى والحديد ما بين العقدين ، فوضع القرض بين العقود التي ترد على الملكية ، والعارية بين العقود التي ترد على الانتفاع بالشيء .

والذى يميز القرض عن العارية أن محل القرض يجب أن يكون شيئاً مثلياً ، لأن المقرض يلتزم برده مثله (م ٥٣٨ مدنى سالفه الذكر) . أما محل العارية فيجب أن يكون شيئاً قيمياً لا مثلياً ، لأن المستعير يرده بعينه لا بمثله . ومع ذلك فقد عرفت المادة ٦٣٥ مدنى العارية بأنها « عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال » . والصحيح أن العبرة بالثلية والقيمية ، لا بالقابلية للاستهلاك وعدم القابلية له . فقد يقرض شخص آخر شيئاً غير قابل للاستهلاك ، ما دام هذا الشيء مثلياً . مثل ذلك أن تقرض مكتبة من أخرى نسخة من كتاب لتبيعها إلى عميل ، على أن ترد مثلها إلى المكتبة التي أقرضتها النسخة . وقد يعير شخص آخر شيئاً قابلاً للاستهلاك ، ما دام هذا الشيء قد اعتبر لذاته فأصبح قيمياً على هذا النحو . مثل ذلك أن يعير شخص صرافاً مبلغاً من النقود يعرض به عجزاً عنده ، على أن يرد الصراف هذا المبلغ بذاته إلى المعير بعد انتهاء التفتيش . ومثل ذلك أيضاً أن يعير شخص صيرفياً قطعاً من النقود يضعها في « الفترينة » على أن يردها بذاتها^(٢) . (prêt ad pompam et ostentationem)

(١) انظر بودرى وقال ٢٣ فقرة ٦٠١ - وإذا أعار شخص آخر أسهماً ينتفع بفوائدها =

٢٧٤ - التنظيم التشريعي للقرض والرهن الدائم : كان التقنين

الملئى السابق يجمع ، كما قدمنا ، بين القرض والعارية فى باب واحد ، وكان يضم إلى كل من القرض والعارية فى نفس الباب الدخل الدائم والإيرادات المرتبة مدى الحياة . ولما كانت الصلة مفقودة بين هذه العقود المتنافرة فى طبيعتها ، فقد فصل بينها التقنين الملئى الجديد ، وجعل القرض والدخل الدائم وهما من طبيعة واحدة فى فصل واحد بين العقود الواردة على الملكية . وجعل العارية فى فصل مستقل بين العقود الواردة على الانتفاع بالشيء . وخصص للإيراد المرتب مدى الحياة فصلاً مستقلاً بين عقود المقر إذ هو ممتها . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « يجمع التقنين الحالى (السابق) ما بين عاربتى الاستعمال والاستهلاك والدخل الدائم والدخل المرتب مدى الحياة فى باب واحد ، والصلة ما بين هذه العقود أقرب إلى أن تكون لفظية ، وإلا فلأن طبيعة كل عقد تتنافر مع طبيعة العقد الآخر ، فعارية الاستعمال ترد على المنفعة ، أما عارية الاستهلاك فتد على الملكية . وإذا كان الدخل الدائم عقداً محدداً ، فلأن الدخل المرتب مدى الحياة عقد احتمالى . والأولى أن يجمع عارية الاستهلاك والدخل الدائم فى مكان واحد فكلاهما قرض ، وأن توضع عارية الاستعمال مكانها بين العقود التى ترد على المنفعة ، والدخل المرتب

« على أن يرد الأسهم بالذات ، فالمقد عارية لا قرض (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٤) - وأهم الفروق بين القرض والعارية - وهما الآن عقدان رضائيان ملزمان للجانبين فى التقنين الملئى الجديد - أن القرض عقد ناقل للملكية والعارية لا تنقل إلا حيازة عرضية (ويستتبع ذلك نتائج هامة فى تبة الهلاك وفى حقوق المقرض أو المير عند إفسار المقرض أو المستمير) ، وأن القرض قد يكون تبرعاً أو معاوضة إذا كان بفائدة أما العارية فلا تكون إلا تبرعاً ، وأن للمير على عكس المقرض أن يسترد العين المعارة قبل الوقت المحدد فى العقد إذا عرضت له حاجة ماسة (بودرى وقال ٢٣ فقرة ٦٠٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فى العقود المسماة ٢ فقرة ٢٢٥) .

مدى الحياة مكانه بين العقود الاحتمالية . وهذا ما فعل المشروع ،^(١) .
وقد رتب التقنين المدني الجديد عقد القرض ترتيباً منطقياً لانهجده
في التقنين المدني السابق ، فذكر أولاً التزامات المقرض ، وهي إلى جانب
نقل الملكية تسليم الشيء وضمان الاستحقاق وضمان العيب ، وهذه هي
الالتزامات التي تنشأ عادة العقود الناقلة للملكية ، رأيناها قبل ذلك في البيع
والمقايضة والهبة والشركة . ثم ذكر بعد ذلك التزامات المقرض ، وهي
رد المثل ودفع الفوائد إن وجدت . وذكر أخيراً الوجوه التي ينتهي
بها القرض^(٢) .

أما الدخل الدائم ، فقد أوجز فيه التقنين المدني السابق إيجازاً مخلا .
فعالج التقنين المدني الجديد هذا العيب ، إذ عرف العقد ، وبين أحكامه ،
وأفاض بوجه خاص في أحكام الاستبدال به والاستبدال خصيصية
رئيسية فيه^(٣) .

٢٧٥ - أهم الفروق بين التقنين الجديد والتقنين السابق في عقد

القرض : وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أهم الفروق
بين التقنين الجديد والتقنين السابق في عقد القرض فيما يأتي :

١ - جعل التقنين الجديد القرض عقداً رضائياً ، وكان عينياً في
التقنين السابق .

٢ - بين التقنين الجديد في وضوح أن القرض عقد ملزم للجانبين ،
فهناك التزامات في ذمة المقرض تقابلها التزامات أخرى في ذمة المقرض .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٧ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٨ .

٣- نقل التقنين الجديد أحكام الفوائد إلى الأحكام العامة في
قظرية الالتزام .

٤- أغفل التقنين الجديد نصاً أورده التقنين السابق خاصاً برد القيمة
العقدية للنقد أياً كان اختلاف أسعار المسكوكات ، اكتفاء بالنص العام
(م ١٣٤ منى) الوارد في هذا الشأن .

٥- بين التقنين الجديد أسباب انقضاء القرض بياناً وافياً . وجدد في
مسألة هامة ، إذ أجاز انتهاء القرض بفائدة متى انقضت ستة أشهر على
القرض وأعلن المدين رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترض ، على أنه يلزم
المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان^(١)

٢٧٦ - **خطبة البحث :** ونبعث القرض والدخل الدائم في فصول ثلاثة
متعاقبة ، فنبعث أركان القرض في الفصل الأول ، ثم آثار القرض في
الفصل الثانى ، ثم الدخل الدائم في الفصل الثالث :

(١) انظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية

الفصل الأول

أركان القرض

٢٧٧ - **أركان القرض** : لعقد القرض ، شأنه في ذلك شأن سائر العقود ، أركان ثلاثة : التراضي والمحل والسبب .

الفرع الأول

التراضي في عقد القرض

٢٧٨ - **شروط الانعقاد** : نتكلم في شروط الانعقاد في التراضي ، ثم في شروط صحة التراضي .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

٢٧٩ - **توافق الإيجاب والقبول** : قدمنا أن عقد القرض عقد رضائي ، فيكفي لانعقاده توافق الإيجاب والقبول من المقرض والمقرض .

ولا توجد في هذا الصدد أحكام خاصة بعقد القرض ، فتسرى القواعد العامة في نظرية العقد : من ذلك طرق التعبير عن الإرادة تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً ، والوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، وموت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته ، والتعاقد ما بين الغائبين ، والنيابة في عقد القرض ، وغير ذلك من الأحكام العامة .

ومذ أصبح القرض عقداً رضائياً ، صار الوعد بالقرض يعدل القرض ، ولم تعد هناك أهمية للتمييز بينهما . أما عند ما كان القرض عقداً عينياً في التقنين المدنى السابق ، فقد قدمنا أنه كان يمكن الاتفاق بعقد رضائى على وعد بالقرض ، ويكون هذا الوعد ملزماً ، فيجبر الواعد على تسليم ما وعد بإقراضه ، فيتم القرض بالتسليم . وكنا بذلك نصل إلى القرض عندما كان عقداً عينياً عن طريق عقد رضائى هو الوعد بالقرض (١) .

٢٨٠ - صور مختلفة لعقد القرض : وقد يتخذ القرض صوراً مختلفة أخرى غير الصورة المألوفة .

من ذلك أن تصدر شركة أو شخص معنوى عام سندات ، فهذه السندات قروض تعقدها الشركة أو الشخص المعنوى مع المقرضين : ومن اكتب في هذه السندات فهو مقرض للشركة أو الشخص المعنوى بقيمة ما اكتب به .

ومن ذلك تحرير كميالة أو سند تحت الإذن أو سند لحامله ، فهذه الأوراق قد تكون قروضاً يعقدها من حررها وهو المقرض لمصلحة من حررت له وهو المقرض .

ومن ذلك فتح اعتماد في مصرف لعميل ، فالعميل يكون مقرضاً من المصرف مبلغاً حده الأقصى هو الاعتماد المفتوح .

ومن ذلك إيداع نقود في مصرف ، فالعميل الذى أودع النقود هو المقرض والمصرف هو المقرض ، وقد قدمنا أن هذه ودیعة ناقصة وتعتبر قرضاً (٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٦٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

ومن ذلك تعجيل مصرف مبلغاً من النقود لعميل لقاء أوراق مالية مودعة في المصرف ، فالمصرف يكون قد أقرض العميل هذا المبلغ الذي عجله في مقابل رهن هو الأوراق المالية المودعة في المصرف (١) .

٢٨١ - إثبات القرض : وينحصر القرض في إثباته للقواعد العامة المقررة في الإثبات . ومن ثم لا يجوز إثبات القرض ، إذا زادت قيمته على عشرة جنهات ، إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها كالإقرار واليمين ومبدأ الثبوت بالكتابة (٢) . أما إذا لم تزيد قيمة القرض على عشرة جنهات أو كان قرضاً تجارياً ، جاز إثباته بجميع طرق الإثبات ويدخل في ذلك البيئة والقرائن .

والقرض يكون تجارياً بالنسبة إلى المقرض ، ومن ثم يجوز للمقرض إثباته بجميع الطرق ، إذا عقده المقرض لعمل من أعمال التجارة (٣) . ويكون تجارياً بالنسبة إلى المقرض ، إذا كان داخلياً أعمال المقرض التجارية (٤) . ويترتب على أن القرض تجارى أو مدنى - إلى جانب طرق

(١) انظر في كل ذلك بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٣٥ .

(٢) ولا يجوز إثبات عكس ما بالكتابة إلا بالكتابة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت سندات الدين مذكوراً فيها أن قيمتها دفعت نقداً ، ثم اتضح من الرسائل الصادرة من مدعية الدين إلى مدينها في مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات وبعدها أنها كانت تستجدي للمدين وتشكره إحسانه عليها وتبرعه لها ، فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلاً كتابياً كافياً في حق وجود قرض حقيق (نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا لم يذكر في الورقة الرسمية أن مبلغ القرض دفع أمام الموثق ، جاز إثبات ما يخالف المكتوب دون حاجة إلى الطعن بالتزوير في الورقة الرسمية (٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٣١) .

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٩٦ ص ١١١ - بودرى وقال ٢٣ فقرة ٨٧٤

وفقرة ٨٧٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١١٣٨ .

(٤) بودرى وقال ٢٣ فقرة ٨٧٦ وما بعدها - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة

الإثبات - أن السعر القانوني للفائدة يختلف ، فهو ٥ ٪ في القرض التجاري و ٤ ٪ في القرض المدني .

وإذا حررت ورقة لإثبات القرض ، وذكر فيها أن المقرض قد قبض مبلغ القرض ، فلا يجوز إثبات عكس ما جاء بالورقة ، وأن المقرض لم يقبض هذا المبلغ ، إلا بالكتابة ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في الإثبات .

ويجوز للمتعاقدین أن يحررا بالقرض سنداً تحت الإذن حتى يسهل تداوله ، ولا يكون في ذلك تجديد لعقد القرض (١) .

المبحث الثاني

شروط الصحة

٢٨٢ - الأهلية في عقد القرض : والأهلية التي يجب أن تتوفر في المقرض هي أهلية التصرف ، إذ هو ينقل ملكية الشيء المقرض ، وهذا إذا كان القرض بفائدة . أما إذا كان بنير فائدة فهو تبرع ، ومن ثم يجب أن تتوفر في المقرض أهلية التبرع (٢) . وإذا أقرض القاصر أو المحجور بغير فائدة كان القرض باطلاً لأنه ضار به ضرراً محضاً ، أما إذا أقرض بفائدة فإن القرض يكون قابلاً للإبطال لمصلحته (٣) . ويجوز للأب وللجد

(١) بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١١٤٢ ص ٤٦٤ - ص ٤٦٥ .

(٢) وقد نصت المادة ٧٥٦ لبناني على أنه « يجب أن يكون المقرض حاصلًا على الأهلية اللازمة للتفرغ عن الأشياء التي يريد إقراضها » .

(٣) فإذا كان القرض باطلاً أو أبطل ، جاز لناقض الأهلية أن يسترد ما أقرضه قبل الميعاد المحدد في القرض مع الفوائد المشترطة حتى يوم الرد ، أو مع الفوائد بالسعر القانوني من يوم المطالبة القضائية إذا كان القرض بنير فائدة (بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١١٣٩ مكررة رابعاً) .

أن يقرضاً مال القاصر بفائدة بإذن المحكمة (م ٩ من قانون الولاية على المال) ، ولا يجوز للأب إقراض مال القاصر بغير فائدة إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة (م ٥ من قانون الولاية على المال) (١) ؛ وكذلك الوصي والقيم لا يجوز لهما إقراض مال القاصر أو المحجور بفائدة إلا بإذن المحكمة (م ٣٩ و م ٧٨ من قانون الولاية على المال) .

أما المقرض فتشترط فيه أهلية الالتزام ، لأنه يلتزم برد المثل ، وذلك سواء كان القرض بفائدة أو بغير فائدة . فلا يجوز للقاصر ولا للمحجور أن يقرضاً ولو بغير فائدة ، وحتى لو كان القاصر مأذوناً له في إدارة أعماله ، ويكون العقد في هذه الحالة قابلاً للإبطال (٢) . ويجوز للأب أن يقرض باسم القاصر بغير إذن المحكمة (م ٤ من قانون الولاية على المال) ، كما يجوز ذلك للجد ولكن بإذن المحكمة (م ١٥ من قانون الولاية على المال) . ويجوز كذلك للوصي والقيم أن يقرضاً باسم القاصر أو المحجور بإذن المحكمة (م ٣٩ و م ٧٨ من قانون الولاية على المال) (٣) .

٢٨٣ - يجب الإبرادة عند القرض : ولا توجد أحكام يختص بها

(١) وقد نصت المادة ٦٨٥ عراقى على أنه « لا يملك الولد اقتراض مال من هو في ولايته » .

(٢) فإذا أبطل القرض ، لم يلتزم ناقص الأهلية إلا برد « ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » . (م ٢/١٤٢ مدنى) ، ولا يلتزم بدفع فوائد ولو كانت مشترطة (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٣٩ مكررة رابعاً) . وقد نصت المادة ٦٩٣ عراقى على أنه « إذا استقرض محجور عليه شيئاً فاستهلكه ، فعليه الضمان بقدر ما كسب ، فإن تلف الشيء بنفسه فلا ضمان عليه . وإن كانت عينه باقية ، فللمقرض استردادها » .

(٣) انظر في كل ذلك الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٢٩٥ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٩٥ .

عقد القرض في صدد عيوب الإرادة ، فتسرى القواعد العامة المقررة في نظرية العقد . ومن ثم يكون القرض قابلاً للإبطال إذا شاب إرادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الإرادة ، وهي الغلط والتدليس والإكراه ، وذلك وفقاً للأحكام المقررة في هذا الشأن .

أما الاستغلال فأحكام الفوائد تغني عنه في عقد القرض ، إذ لا يجوز للمقرض أن يشترط فائدة تزيد على الحد الأقصى الذي يسمح به القانون ، وهو ٧ ٪ :

الفرع الثاني

المحل والسبب في عقد القرض

المبحث الأول

المحل في عقد القرض

(فوائد القرض)

٢٨٤ - **الشيء المقرض والفوائد** : محل القرض في الأصل هو الشيء المقرض ، وقد تشترط فوائد للقرض فيكون للعقد محل آخر هو هذه الفوائد المشترطة .

المطلب الأول

الشيء المقرض

٢٨٥ - **الشروط الواجب توافرها في الشيء المقرض** : يجب أن يتوافر في الشيء المقرض الشروط العامة التي يجب توافرها في المحل . فيجب أن يكون الشيء موجوداً ، معيناً أو قابلاً للتعيين ، غير مخالف للنظام العام ولا للآداب . ولما كان الشيء المقرض في الكثرة الغالبة من

الأحوال نقوداً ، فإن هذه الشروط تكون متوافرة ما دام قد حدد مقدار المبلغ المقرض . ولكن قد يقع أن يكون الشيء المقرض أشياء مثلية غير النقود ، كغلال مثلاً ، فعند ذلك يجب أن تكون كمية الغلال المقرضة موجودة عند القرض فلو كانت قد احترقت قبل القرض انعدم المحل ولا ينعقد القرض . كذلك يجب أن يكون مقدارها معلوماً ، حتى يمكن أن يرد مثلها عند نهاية القرض . وإذا كان الشيء المقرض شيئاً محرماً ، كالحشيش والمخدرات ، فإن المحل يكون مخالفاً النظام العام ويكون القرض باطلاً .

ويجب ؛ إلى جانب هذه الشروط العامة ، أن يكون الشيء المقرض من المثليات وقد صرحت المادة ٥٣٨ مدني سالفه الذكر بهذا الشرط ، إذ تقول كما رأينا : « القرض عقد يلزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أى شيء مثلي آخر » على أن طبيعة عقد القرض تقتضى أن يكون الشيء المقرض مثلياً ، إذ المقرض يملكه على أن يرد مثله ، ولا يمكن رد المثل إلا في المثليات .

وأكثر ما يكون الشيء المقرض نقوداً كما قدمنا . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكون هذا الشيء غير نقود ما دام من المثليات . فيمكن اقراض الغلال والحبوب والقطن والزيت وغير ذلك من المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات المتقاربة متى كانت معينة النوع والمقدار أو قابلة للتعين^(١) .

والغالب أن يكون الشيء المثلي المقرض قابلاً للاستهلاك ، سواء كان

(١) فلا يمكن إذن أن يقع القرض إلا على منقولات مادية ، لا على العقارات لأنها في الغالب أموال قيمة ، ولا على المنقولات المنوية - فيما عدا السندات لحاملها - لأنها دائماً أموال قيمة .

ذلك مادياً كالماكولات والمشروبات أو كان مدنياً كالنفود . فالمقرض يستهلكه ويرد مثله . ولكن قد يقع أن يكون هذا الشيء غير قابل للاستهلاك^(١) ، وقد رأينا أنه يجوز أن يقرض صاحب مكتبة من صاحب مكتبة أخرى نسخة من كتاب ليبيعها إلى عميل ، على أن يرد مثلها إلى المقرض^(٢) . ولكن نسخة الكتاب هنا قد أعدت للاستهلاك ، فأصبحت قابلة للاستهلاك لا بالنسبة إلى طبيعتها بل بالنسبة إلى الغرض الذي أعدت له^(٣) .

٢٨٦ - إقراض مال الغير : ولما كان المقرض يلتزم بنقل ملكية

الشيء المقرض إلى المقرض ، فإنه يجب أن يكون مالكا لهذا الشيء حتى يستطيع أن ينقل ملكيته . ولكن لما كان نقل ملكية الشيء المقرض هو التزام في عقد القرض ، لذلك نرى أن إقراض ملك الغير يكون صحيحاً ، ولكنه قابل للفسخ بناء على طلب المقرض ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة . ذلك أنه لم يرد في عقد القرض نص مماثل للنص الوارد في عقد البيع (م ٤٦٦ مدني) والنص الوارد في عقد الهبة (م ٤٩١ مدني) ليقضى بأن إقراض ملك الغير يكون قابلاً للإبطال . فلم يبق إذن إلا تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن عقد القرض - وهو عقد ملزم للجانبين - يكون

(١) أوبري ورو وإيمان ٦ فقرة ٣٩٤ ص ١٤١ وهاش رقم ٢ - وقد نصت المادة ٧٥٧ من التقنين اللبناني على أنه « يجوز أن يعقد قرض الاستهلاك على جميع الأشياء المنقولة من المثلثات ، سواء أكانت تستهلك بالاستعمال الأول أم لا » . ثم نصت المادة ٧٥٨ من نفس التقنين على أنه « إذا استلم المقرض أسناد دخل أو أوراقاً مالية أخرى أو بضائع بدلا من النفود المتفق عليها ، فإن قيمة القرض تحسب بناء على سعر الأسناد أو ثمن البضائع في الزمان والمكان اللذين جرى فيها التسليم ، ويكون باطلاً كل نص يخالف » .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٣) ويخلص من ذلك أن الشيء المقرض يجب أن يكون مثلياً ، وأن يكون في الوقت

ذاته قابلاً للاستهلاك بالنسبة إلى غرض المتعاقدين (بلانيول وريبير وبولا نجيح ٢ فقرة ٢٨٩٩ - جورسان ٢ فقرة ١٣٤٨) .

قابلاً للفسخ بناء على طلب المقرض إذا لم يف المقرض بالتزامه من نقل ملكية الشيء المقرض^(١) .

فإذا أقرض شخص آخر كمية من الغلال ولم يكن يمكن بيعها ، فإن المقرض يقع صحيحاً ، ولكن المقرض يعجز عن نقل ملكية الغلال إلى المقرض حتى لو تسلمها هذا . فتبقى الغلال في يد المقرض غير مملوكة له ، ويجوز للمالك الحقيقي أن يستردها منه^(٢) . وسواء استردها المالك الحقيقي أو لم يستردها ، فإن المقرض يستطيع أن يطلب فسخ القرض لعجز المقرض عن الوفاء بالتزامه ، وأن يطالب المقرض بالتعويض في الحدود التي يجب فيها على المقرض ضمان الاستفاق وسيجيء بيان ذلك.

على أنه إذا كان المقرض حسن النية ، أى كان يعتقد وقت تسلم الغلال أن المقرض يملكها ، فإن المقرض يملك الغلال بالحيازة (م ١/٩٧٦ مدني) ، ويعتبر القرض الصادر من غير مالك في هذه الحالة سبياً صحيحاً . فإذا كانت الغلال مسروقة من صاحبها أو مفقودة ، فإن المقرض لا يملكها بالرغم من حسن نيته ، وللمالك الحقيقي أن يستردها منه خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة (م ١/٩٧٧ مدني) .

فإذا تملك المقرض حسن النية الشيء المقرض بالحيازة على النحو الذي أسلفناه ، فإنه لا يملكه بعقد القرض بل بالحيازة كما سبق القول . ويملكه من المالك الحقيقي لا من المقرض ، ومن ثم يرجع عليه المالك الحقيقي بما أثرى به على حسابه طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب ، لأن المقرض لم يحجز الشيء

(١) انظر عكس ذلك وفي أن إقراض ملك الغير يقاس على بيع ملك الغير فيكون قابلاً

للإبطال : بودرى وقال ٢٣ فقرة ٧٢٦ وما بعدها - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة

٢ فقرة ٢٩٦ مكررة - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٩٥ .

(٢) كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٢١٩ .

المقرض إلا ملتزماً برد مثله . فإذا كان المقرض قد استهلك الشيء المقرض ، رجع عليه المالك الحقيقي - لا المقرض - بقيمة ما استهلكه عند نهاية القرض ، ويستطيع كذلك أن يرجع على المقرض إذا كان هذا مسئولاً طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية (١) .

وغنى عن البيان أن ما تقدم من إقراض ملك الغير محدود الأهمية من الناحية العملية ، فقد قدمنا أن الشيء المقرض يكون في الكثرة الغالبة من الأحوال نقوداً ، وهذه لا تتعين بالتعيين ، فيتعذر أن يقال إن المقرض لا يملك النقود التي يقرضها .

المطلب الثاني

فوائد القرض

٢٨٧ - لا تجب الفوائد إلا إذا اشترطت : قدمنا أن القرض في الأصل عقد تبرع ، فلا تجب فوائد على المقرض ، حتى لو كان القرض تجارياً ، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك بينه وبين المقرض (٢) . وتقول المادة ٥٤٢ مدني صراحة في هذا المعنى : « ... فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » .

(١) انظر في هذا المعنى أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ prêt فقرة ٢٢٦ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٩٥ ص ١٩٤ - وانظر عكس ذلك بودرى وثال ٢٣ فقرة ٧٣٠ - جيوار فقرة ٧٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٢٩٦ مكررة .

(٢) وإذا ذكر المتعاقدان أن القرض يكون دون فوائد مدة حياة المقرض أو إلى نهاية القرض ، فإن ذلك لا يكفي لاستخلاص اتفاق ضمنى على أن الفوائد تسرى عند وفاة المقرض أو عند نهاية القرض (بلانيول وريبير وسافايتيه ١١ فقرة ١١٥٠ ص ٤٨٠ - أوبري ورو مولمان ٦ فقرة ٣٩٦ ص ١٤٦) .

على أنه إذا لم يتفق الطرفان على فوائد للقرض ، فإن ذلك لا يمنع من أنه إذا حل ميعاد رد القرض وتأخر المقرض في الرد ، استحققت عليه فوائد تأخيرية بالسعر القانوني - ٤٪ في القروض المدنية و ٥٪ في القروض التجارية - وفقاً للقواعد المقررة في الفوائد التأخيرية ، فتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، دون حاجة إلى أن يثبت المقرض ضرراً لحقه من التأخير (م ٢٢٦ وم ٢٢٨ مدني) . وقد سبق أن بينا شروط استحقاق الفوائد التأخيرية عند الكلام في نظرية الالتزام^(١) ، فنحيل هنا على ما أوردناه هناك .

وبالرغم من أن القرض في الأصل عقد تبرع وأن الفوائد لا تجب إلا إذا اتفق عليها الطرفان ، فإن الغالب في العمل أن يشترط المقرض على المقرض دفع فوائد بسعر معين . ويثبت هذا الشرط وفقاً للقواعد العامة في الإثبات . ففي القروض التجارية ، وكذلك في القروض المدنية إذا لم يزد مجموع الفوائد على عشرة جنيهاً ، يجوز الإثبات بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، وفي غير ذلك تجب الكتابة أو ما يقوم مقامها^(٢) .

٢٨٨ - صور مختلفة لاشتراط الفوائد : والصورة المألوفة لاشتراط

الفوائد أن يرد في عقد القرض شرط يلزم المقرض بدفع فوائد سنوية . على أنه يجوز أن يتخذ هذا الشرط صوراً أخرى . من ذلك أن يشترط المقرض على المقرض أن يرد في نهاية القرض مبلغاً يزيد على المبلغ المقرض . فالزيادة (prime de remboursement) هي فوائد القرض تدفع مرة واحدة مع مبلغ القرض عند الرد ، ويجب أن تخضع هذه

(١) انظر الوسيط للمؤلف ٢ فقرة ٥٠٦ وما بعدها .

(٢) انظر في إثبات اشتراط الفائدة بالقرائن : استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٧ م

الزيادة للقيود المفروضة على الفوائد فلا يجوز أن تزيد على الحد الأقصى المسموح به . وإذا عجل المقرض الرد قبل الميعاد ، لم يجب عليه من هذه الزيادة إلا ما يتناسب مع الوقت السابق على الرد . فإذا كان القرض ألفاً مثلاً ، واشترط المقرض أن يردّها المقرض بعد سنتين ألفاً ومائتين ، وعجل المقرض الرد بعد سنة واحدة ، وجب أولاً إنقاص المائتين وهى الزيادة إلى مائة وأربعين حتى تنزل إلى الحد الأقصى المسموح به للفوائد الاتفاقية (٧ ٪) ، ثم وجب بعد ذلك إنقاص المائة والأربعين إلى النصف لأن المقرض رد القرض بعد سنة لا سنتين . ومن ثم يرد المقرض الألف التى اقترضها ومعها سبعون هى الفوائد .

ويقع كثيراً فى القروض طويلة أن يشترط المقرض على المقرض أن يرد القرض أقساطاً سنوية متساوية ، القسط الأول يتضمن فوائد مبلغ القرض كله مع جزء بسيط من رأس المال ، والقسط الثانى يتضمن فوائد ما بقى من مبلغ القرض مع جزء أكبر من رأس المال تعادل الزيادة فيه ما نقص من الفوائد ، وتتدرج الأقساط متضمنة فوائد أقل ورأس مال أكبر ، إلى أن يصير القسط الأخير متضمناً ما بقى من رأس المال مع فوائد قليلة هى فوائد هذا الباقي . وهذه الصورة المألوفة فى القروض طويلة الأجل من شأنها أن تيسر على المقرض استهلاك رأس المال مع دفع الفوائد فى وقت معاً ، عن طريق أقساط سنوية متساوية ، وأن تنقص من الفوائد بقدر ما يستهلك المقرض من رأس المال . وإذا عجل المقرض رد القرض ، وجب أن يخصم من الفوائد ما يتناسب مع هذا التعجيل على النحو الذى رأيناه فيما تقدم^(١) .

(١) بلانيول وريبير وسافانيه ١١ فقرة ١١٥٢ - ولا يجوز أن تزيد الفوائد وما يضاف إليها من عمولة ومصروفات إدارة على الحد الأقصى للسعر الاتفاقى : استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٨١ - ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩١ . ويجب التمييز فى كل =

٢٨٩ - سعر الفائدة - إجمالاً : فإذا اشترط المقرض على المقترض

دفع فوائد ، فيغلب أن يقدر سعرها . ولا يجوز له في تقدير هذا السعر أن يجاوز الحد الأقصى المسموح به وهو ٧ ٪ . وتسرى القواعد المقررة في هذا الشأن ، وقد سبق أن بسطناها في النظرية العامة للالتزام ، فبينما سعر الفوائد التعويضية ، وجزاء مجاوزة سعر الفائدة ، ومتى يجوز النزول عن هذه الحدود المقررة ومتى تجوز الزيادة عليها ، وعدم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وعدم جواز زيادة الفوائد في مجموعها على رأس المال ، وغير ذلك من المسائل المتعلقة بهذا الموضوع (١) .

وقد يقع أن يشترط المقرض على المقترض دفع فوائد دون أن يقدر سعرها . ففي هذه الحالة يجب على المقترض أن يدفع فوائد بالسعر القانوني ، فتكون هذه الفوائد ٤ ٪ في القروض المدنية و ٥ ٪ في القروض التجارية (٢) . وتعتبر القروض تجارية حتى لو كانت تجارية من جانب المقرض وحده بأن خصص القرض لعمل تجارى ، أو كانت تجارية من جانب المقرض وحده بأن كان هذا المقرض هو أحد المصارف مثلاً (٣) .

= قسط بين الجزء الخاص برأس المال والجزء الخاص بالفوائد وإعطاء كل حقه : استئناف مخطط ٢٦ يونه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٢٠ - ١٣ يونه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٣ - ١٣ يونه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٥ .

(١) انظر الوسيط للمؤلف الجزء الثاني فقرة ٥١٣ - فقرة ٥٢٣ .

(٢) وتنص المادة ٧٦٧ لبناني على أنه « إذا اشترط الفريقان أداء فائدة ولم يبين معدلها ، وجب على المقرض أن يدفع الفائدة القانونية . وفي المواد المدنية يجب أن يبين خطأ معدل الفائدة المتفق عليها حينما يكون زائداً عن الفائدة القانونية ، وإذا لم يبين خطأ فلا تجب الفائدة إلا على المعدل القانوني » . وتنص المادة ٧٦٨ لبناني على أنه « يجوز أن تؤخذ فائدة عن فوائد رأس المال إما بإقامة دعوى وإما بمقتضى عقد خاص منشأ بعد الاستحقاق . وفي كلا الحالين يشترط أن تكون الفوائد المستحقة عائدة إلى مدة لا تقل عن ستة أشهر ، وذلك مع الاحتفاظ بالقواعد والعادات المختصة بالتجارة » .

(٣) انظر في هذا المعنى بانيول وريبير وسافيتيه ١١ فقرة ١١٥٦ - وقارن الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١١٢ .

المبحث الثانى

السبب فى عقد القرض

٢٩٠ - السبب فى عقد القرض هو الباعث الدافع إلى التعاقد :

وقد بينا عند الكلام فى نظرية السبب^(١) أن السبب ، بحسب النظرية الحديثة ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد .

وقد كانت النظرية التقليدية للسبب تجعل السبب فى عقد القرض - وهو عقد عيني بحسب هذه النظرية - هو التسليم . ولكن يرد على ذلك بأن التسليم - وهو ركن مستقل فى عقد القرض العيني - إذا انعدم لم ينعقد القرض ، لا لانعدام ركن السبب بل لانعدام ركن التسليم . على أن هذه النظرية التقليدية ، بعد أن أصبح عقد القرض عقداً ملزماً للجانبين فى التقنين المدنى الجديد ، تجعل سبب التزام المقرض برد مبلغ القرض هو التزام المقرض بنقل ملكيته ، شأن القرض فى ذلك شأن كل عقد ملزم للجانبين التزام كل من المتعاقدين فيه هو السبب فى التزام الآخر . وقد بينا كيف يجب استبعاد النظرية التقليدية فى السبب^(٢) ، وكيف يجب الأخذ بالنظرية الحديثة التى تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد^(٣) كما سبق القول :

٢٩١ - تطبيقات النظرية الحديثة للسبب فى عقد القرض : ومن

تطبيقات النظرية الحديثة للسبب فى القضاء الفرنسى ما سبق أن أوردناه^(٤) من أن

(١) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٤٢ وما بعدها .

(٢) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٧٧ وما بعدها .

(٣) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٨٢ وما بعدها .

(٤) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٨٤ ص ٤٦ .

هذا القضاء يبطل قرضاً يكون قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالماً بهذا القصد ، سواء كان مشتركاً معه في المقامرة أو لم يكن^(١) . ويبطل المقرض أيضاً إذا كان الغرض منه أن يتمكن المقرض من الحصول على منزل يديره للعاهرة^(٢) ، أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بخليلة له^(٣) .

وقد كان القضاء المصري ينجح في بعض أحكامه إلى الأخذ بالنظرية التقليدية للسبب في عقد القرض . فتمت قضت محكمة النقض بأن السبب القانوني في عقد القرض هو دفع المقرض نقداً إلى المقرض ، ومن هذا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل ، فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد^(٤) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم قديم لها بأن القرض لا يكون باطلاً حتى لو كان المقرض قصد استعمال المبلغ المقرض في إدارة عين للعاهرة ، وحتى لو كان المقرض عالماً بذلك^(٥) . ولكن القضاء المصري ، كما سبق أن بينا^(٦) ، هجر بعد ذلك النظرية التقليدية وأخذ بالنظرية الحديثة ، فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن عقد القرض يكون باطلاً إذا قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة وكان المقرض

(١) نقض فرنسي ٤ يولييه سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٥٠٠ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٢ - ١ - ٢٦ - ٢٨ يناير سنة ١٩٣٥ جازيت دي باليه ١٩٣٥ - ١ - ٥٢٢ .

(٢) نقض فرنسي أول أبريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ - ١ - ٢٨٩ .

(٣) نقض فرنسي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٢ - وانظر في القضاء الفرنسي بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٤٠ .

(٤) نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ .

(٥) استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ١٨ .

(٦) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٩١ ص ٤٧٦ - ص ٤٧٧ .

حالاً بهذا القصد^(١) . لكن إذا ثبت أن المقرض لم يستعمل القرض فعلاً في المقامرة ، فإن الدليل على الغرض غير المشروع لا يقوم ، ويكون عقد القرض صحيحاً^(٢) .

وإذا كان القضاء المصرى قد أخذ في بعض أحكامه بالنظرية التقليدية للسبب في عهد التقنين المدنى السابق ، فإنه بعد صدور التقنين المدنى الجديد - وقد أخذ بالنظرية الحديثة للسبب على ما بيناه عند الكلام في نظرية السبب^(٣) - لم يعد هناك محل للأخذ بهذه النظرية ، وأصبح من المتعين الأخذ بالنظرية الحديثة في عقد القرض وفي غيره من العقود . فيجب إذن الاعتداد بالباعث الدافع إلى التعاقد في عقد القرض ، وجعله هو السبب ما دام المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث أو ينبغي أن يعلم به .

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ يونيو سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٢٧٩ ص ٢٤٩ .

(٣) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٨٩ .

الفصل الثاني

آثار القرض

٢٩٢ - التزامات المقرض والتزامات المقترض : قدمنا أن القرض

عقد ملزم للجانبين ، فهو ينشئ التزامات في جانب المقرض والتزامات مقابلة في جانب المقترض .

الفرع الأول

التزامات المقرض

٢٩٣ - التزامات المقرض تسار التزامات البائع : المقرض كالبائع

يلتزم بنقل ملكية الشيء المقرض إلى المقرض ، ومن هنا كان القرض عقداً وارداً على الملكية . وهو كالبائع أيضاً يلتزم بتسليم الشيء المقرض ، وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

ولما كان الشيء المقرض هو في الغالب مبلغ من النقود كما قدمنا ، فإنه بمجرد أن يتم عقد القرض بالتراضي ، يلتزم المقرض بنقل ملكية هذا المبلغ إلى المقرض ، فإذا سلمه إياه لم تعد هناك أهمية عملية لالتزامه بضمان الاستحقاق لأن النقود لا تتعين بالتعيين ، ولا لالتزامه بضمان العيوب الخفية إلا إذا كانت النقود التي سلمها إياه نقوداً زائفة وهذا نادر في العمل . ومن ثم تكون التزامات المقرض محدودة الأهمية من الناحية العملية ، فتوجز فيها القول فيما يلي .

المبحث الأول

الالتزام بنقل الملكية

٢٩٤ - الالتزام بنقل الملكية إذا طاله الشيء المقرض نقوداً :

كان المشروع اتمهيدى (م ٧٢٣) للتقنين المدنى الجديد ينص صراحة على التزام المقرض بنقل ملكية الشيء الذى أقرضه ، فكان يقول : « يجب على المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية الشيء الذى أقرضه » . فحذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، اكتفاء بما جاء فى المادة ٥٣٨ مدنى من أن « القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أى شيء مثل آخر (١) » .

فإذا كان الشيء المقرض نقوداً وهو الغالب ، التزم المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية هذا المبلغ من النقود . فيكون الالتزام هنا هو التزام بنقل ملكية وارد على نقود ، ومن ثم يصبح المقرض بمجرد تمام القرض دائناً للمقرض بهذا المبلغ . فيستطيع المقرض إذن أن يطالب المقرض بهذا الدين ، شأنه فى ذلك شأن أى دائن آخر (٢) . ويجوز له أن يجبر المقرض على ارفاء بالتزامه ، ولو عن طريق الحجز على ماله . وقد كان يستطيع ذلك أيضاً عندما كان القرض عقداً عينياً ، ولكن لا بمقتضى عقد القرض الذى كان لا يتم إلا بتسليم النقود إلى المقرض ، بل بمقتضى الوعد بالقرض فهو عقد ملزم للمقرض بمجرد التراضى كما قدمنا (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١١ - ص ٤١٤ - وانظر مايلي فقرة ٧٦٩ فى الهامش .

(٢) ولا يتقدم على أى دائن إلا إذا وجد سبب قانونى للتقدم ، ولا يستطيع المقرض أن يسترد المبلغ الذى أقرضه إذ أن ملكيته قد انتقلت للمدين (استثناء مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦٦ .

فكان المقرض يجبر على تنفيذ وعده ، وهو إتمام القرض ، بتسليم الشيء المقرض إلى المقرض .

٢٩٥ - الالتزام بنقل الملكية إذا طاب الشيء المقرض مبيعاً متلباً

غير النقود : وقد يقع القرض - وهذا نادر - على أشياء مثلية أخرى غير النقود كما سبق القول . فإذا أقرض شخص آخر كمية معينة من الغلال مثلاً ، فإنه يلتزم بنقل ملكية هذه الكمية إلى المقرض . وتسرى القواعد العامة في هذا الالتزام بنقل الملكية . وهي تقضى بأنه لما كان الحل هنا شيئاً غير معين بالذات ، فلا تنتقل الملكية إلا بإفراز هذا الشيء (م ٢٠٥ / ١ مدني) . فإذا كان المقرض قد أفرز كمية الغلال وكان يملكها ، انتقلت ملكيتها بمجرد الإفراز إلى المقرض ، ولو قبل التسليم (١) . أما إذا كان المقرض لم يفرز كمية الغلال ، فإنه يكون مدينأ بهذه الكمية للمقرض ، ويجب عليه إفرازها لتسليمها إياه .

ويجوز للمقرض أن يجبر المقرض على تنفيذ التزامه عيناً ، كما يجوز له أن يحصل من السوق على كمية مماثلة لكمية الغلال المقرضة ، ومن نفس النوع والجودة ، وذلك على نفقة المقرض . وتقول المادة ٢٠٥ / ٢ مدني في هذا الصدد : « فإذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضي أو دون استئذان في حالة الاستعجال » .

(١) انظر في حالة ما إذا كان المقرض لا يملك كمية الغلال إلى ما سبق أن قدمناه في إقراض

ملك الغير آنفاً فقرة ٢٨٦ .

المنبحث الثاني

الالتزام بالتسليم

٢٩٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٣٩ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ١ - يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع العقد إلى المقرض ، ولا يجوز له أن يطالب برد المثل إلا عند انتهاء القرض » .

« ٢ - وإذا هلك الشيء قبل تسليمه إلى المقرض كان الهلاك على المقرض » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٧٣ / ٥٧٦ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٥٠٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٣٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٨٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٥٩ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه

يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن في الفقرة الأولى العبارة الآتية : « يجب على المقرض أن ينقل إلى المقرض حق ملكية الشيء الفى أقرضه » . فحذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة اكفاء بما جاء في المادة ٥٣٨ مدنى . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٥٦٧ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١١ - ص ٤١٢) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٧٦ / ٤٧٣ : في عارية الاستهلاك يكون ضمان العين المستعارة

على المستير بمجرد انتقال الملكية إليه . (وكان القرض عقداً عينياً في التقنين المدني السابق ، ومن ثم كان لا يتم القرض إلا إذا تسلم المقرض الشيء ، فإذا هلك تحمّل المقرض تبعه الهلاك . أما في التقنين الجديد فالقرض يتم قبل التسليم ومن ثم جاز أن يهلك الشيء على المقرض قبل التسليم) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٠٧ (مطابق) .

٢٩٧ - تسليم الشيء المقرض : والتزام المقرض بتسليم الشيء

المقرض تسرى عليه القواعد العامة ، وبخاصة القواعد المقررة في التزام البائع بتسليم الشيء المبيع . فالالتزام بالتسليم هنا ، كما في البيع ، فرع عن التزام المقرض بنقل ملكية الشيء المقرض . ومحل التسليم هو المبلغ المقرض أو الأشياء المثلية المقرضة ، بالمقدار والنوع والصفة المعينة في عقد القرض . ويتم التسليم بوضع الشيء المقرض تحت تصرف المقرض في الزمان والمكان المعينين . ويتبع في طريقة التسليم ووقته ومكانه ما سبق أن أوردناه من القواعد في تسليم البائع المبيع للمشتري . وإذا أخل المقرض بالتزامه بالتسليم ، جاز للمقرض أن يطالب بالتنفيذ عيناً على الوجه الذي قدمناه . وله أن يطالب بفوائد التأخر طبقاً للقواعد المقررة ، فيتقاضى الفوائد بالسعر القانوني من يوم المطالبة بهذه الفوائد^(١) . وجاز له أيضاً

- التقنين المدني الليبي م ٥٣٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٨٦ : ١ - يملك المستقرض العين المقرضة بالقبض ، ويثبت

في ذمته مثلها . ٢ - فإذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض ، فلا ضمان على المستقرض .

(والتقنين العراقي يحمل القرض عقداً عينياً كما قدمنا ، فلا يتم إلا بالتسليم ويصبح المقرض

مالكاً للشيء المقرض بتسلمه وتكون نتيجة الهلاك عليه . أما قبل التسليم فلا التزام على المقرض

لأن العقد لم يتم ، وإذا هلك الشيء هلك على المقرض - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٢٣ -

فقرة (٢٢٤) .

تقنين المرجبات والعقود اللبناني م ٧٥٩ : الأشياء المقرضة تصبح ملكاً للمقرض ،

وتكون مخاطرها عليه .

(والتقنين اللبناني كالقنين العراقي يحمل القرض عقداً عينياً . وما قلناه في التقنين العراقي

يسرى هنا) .

(١) بودري وقال ٢٣ فقرة ٧٤١ .

فسخ القرض ، وقد تكون له مصلحة في ذلك إذا كان القرض بفائدة وأصبح في غنى عنه (١) .

وقد يعسر المقرض بعد القرض وقبل التسليم ، فعند ذلك لا يلتزم المقرض بتسليم الشيء المقرض . ويرجع ذلك إلى أن أجل القرض يسقط بإعسار المقرض ، فإذا تسلم مبلغ القرض وجب عليه رده في الحال . فلا جدوى إذن من أن يسلم المقرض مبلغ القرض إلى المقرض ثم يسرده منه فوراً ، ومن ثم يسقط التزامه بالتسليم عن طريق فسخ العقد (٢) .

وكذلك إذا التزم المقرض بتقديم كفالة أو رهن لضمان القرض ، جاز للمقرض أن يمتنع عن تسليم الشيء المقرض حتى يقدم المقرض الضمان الموعد ، وذلك تطبيقاً لقواعد الحبس (٣) .

(١) وإذا كان المقرض شركة أصدرت سندات ، فلها أن تشرط على من يكتب في السندات ويتأخر في دفع ما اكتب به أن تبيع السندات التي اكتب فيها في البورصة ، ويكون المكتب ملزماً بالحسارة إذا بيعت السندات بشئ أقل (بودري وقال ٢٣ فقرة ٧٤٣) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وإذا ظهر إعسار المقرض قبل تسليمه الشيء ، جاز للمقرض أن يفسخ العقد وأن يمتنع عن التسليم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ص ٤١٥) . وقد كان المشروع التمهيدى في المادة ٧٣٢ منه يجرى على الوجه الآتى : « يجوز للمقرض ألا يسلم ما أقرضه أو أن يسرده قبل الأجل إذا أعسر المقرض بعد القرض ، أو كان معسراً قبل ذلك ، لكن المقرض لم يعلم بالإعسار إلا بعد تمام العقد » . فحذف هذا النص اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ص ٢٤ - ص ٤٢٥ في الهامش) .

(٣) بلافول وريبير وسافايتيه ١١ فقرة ١١٤٤ - هذا وقد كان المشروع التمهيدى في المادة ٧٣٠ منه يجرى على الوجه الآتى : « يسقط حق المقرض في المطالبة بتسليم الشيء الذى أقرضه ، وحق المقرض في إلزام المقرض بتسليم ذلك الشيء ، بمضى ستة أشهر من اليوم المعين للتسليم . وقد كان المقصود بهذا النص أن يسقط القرض الذى لم ينفذ في خلال ستة أشهر من اليوم المعين للتسليم ، لأن انصراف المتعاقدين عن تنفيذ القرض طول هذه المدة يؤخذ دليلاً على عتولها عنه ، فإذا عاد إليه كان هذا عقداً جديداً (المذكرة الإيضاحية للمشروع =

٢٩٨ - تبعة هلاك الشيء المقرض : وإذا كان الشيء المقرض

مبلغاً من النقود ، فإن المقرض يصبح مديناً به ويلزم بوفائه كما قدمنا . ولا يتصور في هذه الحالة أن يهلك الشيء قبل التسليم ، لأن النقود لا تتعين بالتعيين .

أما إذا كان الشيء المقرض أشياء مثلية أخرى غير النقود ، وتعينت بالإفراز فانتقلت ملكيتها إلى المقرض على الوجه الذي أسلفناه ، فعند ذلك يمكن أن نتصور هذه المثليات المفروزة تهلك . فإذا هلكت بعد التسليم ، كان هلاكها بداهة على المقرض^(١) . أما إذا هلكت قبل التسليم بسبب أجنبي ، فإنها تهلك على المقرض ، وذلك أنه يتعذر عليه تنفيذ التزامه من تسليم الشيء إلى المقرض ، فينفسخ القرض وفقاً للقواعد العامة ، ويسترد المقرض ملكية الشيء المقرض بعد الفسخ ، فيهلك الشيء عليه . وهذا ما رأيناه في عقد البيع ، حيث يهلك المبيع قبل التسليم على البائع . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى ، حيث تقول الفقرة الثانية من المادة ٥٣٩ مدني كما رأينا : « وإذا هلك الشيء قبل تسليمه إلى المقرض ، كان الهلاك على المقرض » .

٢٩٩ - التزام المقرض بأمر بإطالب برد المثل إلا عند انتهاء القرض :

وقد ورد في الفقرة الأولى من المادة ٥٣٩ مدني ما يجعل المقرض ملتزماً بالأمر بإطالب برد المثل إلا عند انتهاء القرض . وهذا الالتزام السلبي هام ، وقد أحسن التقنين المدني الجديد صنفاً في إبرازه . فهو التزام في

- التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٥) . ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة لغرامة حكمة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢ في الهامش) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ذمة المقرض دائماً ، سواء كان القرض عقداً عينياً كما كان في التقنين السابق ، أو عقداً رضائياً كما أصبح في التقنين الجديد . وقيام هذا الالتزام في ذمة المقرض حتى لما كان القرض عقداً عينياً يجعل القرض عقداً ملزماً للجانبين بالرغم من عينيته ، فهو دائماً عقد ملزم للجانبين سواء كان رضائياً أو عينياً كما سبق القول (١) .

وإيراد هذا الالتزام السلبي في جانب المقرض يفسر في وضوح كيف يجرى فسخ القرض إذا أخل المقرض بالتزامه من دفع الفوائد المشترطة ، فإن هذا الالتزام السلبي هو الذي يقابل التزام المقرض بدفع الفوائد ، فإذا أخل المقرض بالتزامه من دفع الفوائد جاز للمقرض أن يطلب فسخ القرض فيتدخل من التزامه بعدم المطالبة بالرد قبل انتهاء القرض ، ومن ثم يسترد القرض بمجرد الفسخ وقبل نهاية العقد (٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٦٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٦٧ - وانظر انيكلويدى دالوز ٤ لفظ *pret* فقرة ١٧٩ - وقارن بلانيول وريير وبولانجي ٢ فقرة ٢٩٠٢ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ثم هو يلتزم التزاماً سلبياً ألا يطالب برد المثل إلا عند انتهاء القرض . ويحسن لإيراد هذا الالتزام السلبي ، فهو الذى يبين كيف يكون الفسخ في عقد القرض . فإن المقرض إذا أعسر المقرض أو أخل بالتزامه ، يفسخ العقد فيتدخل من هذا الالتزام السلبي ، ويستطيع إذن أن يطلب رد المثل قبل انتهاء القرض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٥) - قارن الأستاذ محمود جبال الدين زكى فقرة ١٠٠ (وما قاله في هذا الصدد يصدق فيما إذا أعسر المقرض ، فإن الأجل يسقط ولا نكون هنا في حاجة إلى تصور التزام سلبي في جانب المقرض . أما إذا لم يدفع المقرض الفوائد المشترطة في آجالها ، فجزاء هذا الإخلال هو أن يطلب المقرض فسخ القرض حتى يتدخل من هذا الالتزام السلبي ، والقول يسقط الأجل هنا لا يستقيم) .

المبحث الثالث

ضمان الاستحقاق

٣٠٠ - التمييز بين القرض بأجر والقرض بفير أجر - نص قانوني :

تنص المادة ٥٤٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا استحق الشيء ، فإن كان القرض بأجر سرت أحكام البيع ،
وإلا فأحكام العارية » (١) .

وقد قدمنا أن الشيء المقرض إذا كان نقوداً ، كما هو الغالب في
عقد القرض ، فإنه لا يتصور استحقاقه لأن النقود لا تتعين بالتعيين (١) .
فيبقى إذن أن يكون الشيء المقرض مثليات أخرى من غير النقود ، وقد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٦٨ في المشروع
النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤٠ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٤ ص ٤١٣ - ص ٤١٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٠٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٣٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٨٨ (موافق - وانظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٢٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ٧٦٠ : المقرض مسئول عن العيوب الخفية في الأشياء
المقرضة وعن نزع ملكيتها بدعوى الاستحقاق ، وذلك وفقاً للقواعد الموضوعية في باب البيع .
(ولم يميز التقنين اللبنانى بين القرض بأجر والقرض بفير أجر ، بل جعل أحكام البيع تسرى
في الحالتين) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٣ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة

الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٥ - ٤١٦ .

أفرزت حتى تتعين ، فهذه إذا استحققت وجب التمييز بين ما إذا كان القرض بأجر أو كان بغير أجر .

٣٠١ - ضوابط الاختصاص في القرض بأجر : تقول المادة ٤٤٠ هـ

مدنى ، كما رأينا ، إذا كان القرض بأجر^(١) فإن أحكام البيع هي التي تسرى . ومن ثم إذا كان الاستحقاق كلياً ، كان للمقرض أن يطلب من المقرض قيمة الشيء وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت ، وقيمة الثمار التي ألزم المقرض بردها للمستحق ، والمصروفات النافعة التي لا يستطيع المقرض أن يلزم بها المستحق . وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المقرض سيء النية ، وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المقرض يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المقرض بدعوى الاستحقاق ، وبوجه عام تعويض المقرض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق الشيء المقرض (م ٤٤٣ مدنى) .

أما إذا استحق بعض الشيء المقرض ، وكانت خسارة المقرض من ذلك قد بلغت قدرأ لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يرد للمقرض ما بقى في يده من الشيء المقرض وما أفاده منه ، وأن يطلب منه التعويضات التي أسلفنا ذكرها في الاستحقاق الكلى . فإذا اختار المقرض استيفاء ما بقى من الشيء المقرض ، أو كانت الخسارة التي لحقته من الاستحقاق الجزئى لم تبلغ قدرأ لو علمه لما أتم العقد ، لم يكن له إلا أن يطالب بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق الجزئى (م ٤٤٤ مدنى) .

وقد بسطنا القول في كل ذلك عند الكلام في استحقاق المبيع في عقد البيع .

(١) أى بمقابل قد يكون نقوداً وقد يكون مقداراً زائداً من نفس الشيء المقرض .

٣٠٢ - **ضمارة الاستحقاق في القرض بغير أجرة** : أما إذا كان القرض بغير أجر فإن المادة ٥٤٠ مدني سالفه الذكر تقول إن أحكام العارية هي التي تسري . وقد وردت أحكام الاستحقاق في العارية في الفقرة الأولى من المادة ٦٣٨ مدني ، وتجرى على الوجه الآتي : « لا ضمان على المعبر في استحقاق الشيء المعار ، إلا أن يكون هناك اتفاق على الضمان ، أو أن يكون المعبر قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق » .

فالمقرض إذن لا يضمن استحقاق الشيء المقرض إذا كان القرض بغير أجر إلا في حالتين : (١) إذا اشترط عليه المقرض الضمان . (٢) إذا لم يكن الضمان مشروطاً ولكن المقرض كان يعلم سبب الاستحقاق وتعمد إخفاءه . ففي هاتين الحالتين يرجع المقرض على المقرض بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الكلي أو الجزئي للشيء المقرض . وهذه هي القواعد العامة في الاستحقاق في عقود التبرع ، ومنها الهبة (م ٤٩٤ مدني) ، والعارية (م ٦٣٨ / ١ مدني) ، والقرض بغير أجر (م ٥٤٠ مدني) .

المبحث الرابع

ضمان العيوب الخفية

٣٠٣ - **التمييز بين القرض بأجر والقرض بغير أجر** - نص قانوني :

نص المادة ٥٤١ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا ظهر في الشيء عيب خفي وكان القرض بغير أجر واختار

المقرض استبقاء الشيء ، فلا يلزمه أن يرد إلا قيمة الشيء معيماً .

٢ - أما إذا كان القرض بأجر ، أو كان بغير أجر ولكن المقرض

قد تعتمد إخفاء العيب ، فيكون للمقترض أن يطلب إما إصلاح العيب ،
وإما استبدال شيء سليم بالشيء المعيب (١) .

ويؤخذ من هذا النص أنه لضمان العيب الخفي يجب التمييز بين ما إذا
كان القرض بأجر أو بغير أجر . ويلاحظ أنه إذا كان لا يتصور في النقود
أن تستحق (٢) ، فإنه يتصور أن يلحقها العيب الخفي كما لو كان النقد
زائفاً (٣) .

٣٠٤ - **ضمان العيب الخفي في القرض بأجر** : تقدم بيان شروط
العيب الخفي عند الكلام في البيع . فإذا تبين المقترض عيباً خفياً توافرت
فيه شروطه ، جاز له أن يطلب من المقرض تعويضه عن الضرر الذي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢٥ من المشروع التمهيدي على وجه
يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من المشروع كانت
تجوز على الوجه الآتي : « إذا ظهر في الشيء عيب خفي ، فلا يلتزم المقترض أن يرد إلا قيمة
الشيء معيباً » . وفي لجنة المراجعة عدلت هذه الفقرة ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في
التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٥٦٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ،
فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٥ - ص ٤١٧) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٠٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٤٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٨٧ (موافق - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٢٦) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٧٦٠ : المقرض مسئول عن البيوب الخفية في الأشياء
المقرضة . . وذلك وفقاً للقواعد الموضوعية في باب البيع . (ولم يميز التقنين البناني بين القرض
بأجر والقرض بغير أجر ، بل جعل أحكام البيع تسري في الحالتين) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٠ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

حل به بسبب العيب . ويكون ذلك بأحد أمرين : (أولاً) إما بإصلاح العيب إذا كان ذلك ممكناً ، كما لو كان الشيء المقرض غللاً خالطه تراب لا يظهر إلا بالفحص ويزيد على القدر المألوف فعند ذلك يلتزم المقرض بتنقية الغلال من التراب وتعويض كمية التراب بمقدارها من الغلال النظيفة . (ثانياً) فإذا كان إصلاح العيب غير ممكن ، كما إذا كان الشيء المقرض نقوداً وتبين أنها زائفة ، أجبر المقرض على إعطاء المقرض نقوداً أخرى مكانها غير زائفة .

ويستوى فيما قدمناه أن يكون المقرض عالماً بالعيب أو غير عالم به ، وإذا كان عالماً به يستوى أن يكون قد تعمد إخفائه أو لم يتعمد .

٣٠٥ - ضمان العيب القبيح في القرض بغير أجر : فإذا كان القرض

بغير أجر وظهر في الشيء المقرض عيب خفي ، لم يكن للمقرض - والقرض بغير أجر - إجبار المقرض على إصلاح العيب أو استبدال شيء سليم بالمعيب . ولكن له أن يختار أحد أمرين : (١) إما رد الشيء المعيب فوراً إلى المقرض ، فينتهي القرض بذلك . (٢) وإما استبقاء الشيء المعيب إلى نهاية القرض ، على ألاّ يرد إلى المقرض إلا قيمة هذا الشيء معيباً .

وإنما يكون له إجبار المقرض على إصلاح العيب أو استبدال شيء سليم بالمعيب في حالتين : (١) إذا كان المقرض يعلم بالعيب وقد تعمد إخفائه . (٢) إذا كان المقرض لا يعلم بالعيب ولكن المقرض اشترط عليه الضمان ، ففي هذه الحالة يسرى الشرط الذي ارتضاه المقرض بالقرض الذي يحدده هذا الشرط .

الفرع الثاني

التزامات المقرض

٣٠٦ - ما يترتب في زمة المقرض مع التزامات : يلتزم المقرض

بأن يتحمل مصروفات القرض ، وبأن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، وبأن يرد المثل عند نهاية القرض .

والالتزامان الأخيران - دفع الفوائد ورد المثل - هما اللذان نقف عندهما . أما مصروفات القرض ، كرسوم الدمغة ومصروفات تحرير العقد وأتعاب المحامى والسمسرة ومصروفات الرهن الذى يضمن القرض . ومصروفات تسلم القرض ورده^(١) وغير ذلك ، فالأصل أن المقرض هو الذى يتحملها قياساً على مصروفات البيع (م ٤٦٢ مدنى)^(٢) ، ما لم يوجد اتفاق بين الطرفين على غير ذلك ، كما إذا اتفق على أن تكون السمسرة مناصفة بينهما^(٣) .

(١) وتنص المادة ٧٦٥ لبناني على ما يأتي : « إن نفقات الاستلام والرد على المقرض » .

(٢) انظر أيضاً بالنسبة إلى مصروفات الرهن م ٢/١٠٣١ مدنى .

(٣) وقد يلتزم المقرض بشرط خاص ألا يستعمل القرض إلا في غرض معين ، كأن يسدد به ديوناً معينة أو أن يستغل مبلغ القرض على نحو معين فيشتري أرضاً أو داراً أو أسهماً أو غير ذلك . وتسرى القواعد العامة في هذه الحالة ، فيجوز للمقرض أن يطلب فسخ القرض إذا أخل المقرض بالتزامه ولم يستعمل القرض في الغرض المعين المتفق عليه (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٩٥ ص ١٤٥ وفقرة ٣٩٦ ص ١٤٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٤٤ ص ٤٦٥ - ص ٤٦٦ و ص ٤٦٥ هامش رقم ٥ وفقرة ١١٤٧) . وإذا فسخ القرض ، فإن المقرض لا يسترد عين ما أقرض إذا كان قائماً ، فإن ملكيته قد انتقلت بالمقرض إلى المقرض ، وإنما يصبح دائناً بمبلغ القرض أو بمثله للمقرض ، فيزاحمه دائنو المقرض حتى في الشيء المقرض ذاته لو كان قائماً (بودرى وقال ٢٣ فقرة ٧١٠) .

المبحث الأول

الالتزام بدفع الفوائد

٣٠٧ — النصوص القانونية : تنص المادة ٥٤٢ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٨١/٤٧٧ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٥١٠ — وفي التقنين المدني الليبي م ٥٤١ — وفي التقنين المدني العراقي م ٦٩٢ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٦٦ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢٧ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة حور تحويله لفظياً فصار مطابقاً ، وأصبح رقمه ٥٧٠ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٨ — ص ٤٢) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٨١/٤٧٧ : عارية الاستهلاك تكون بلا مقابل إذا لم يوجد شرط بخلاف ذلك . (وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥١٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٤١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٩٢ : ١ — لا تجب الفائدة في القرض إلا إذا شرطت في

العقد . ٢ — وإذا دفع المستقرض فائدة تزيد على السعر الجائز قانوناً ، كان له أن يمتدد الزيادة سواء دفع عن علم أو عن غلط .

وقد قلنا أن الأصل في القرض أن يكون بغير فائدة ، فإذا أراد المقرض أن يتقاضى فوائد وجب عليه أن يشترط ذلك على المقرض .
وأشرنا فيما تقدم إلى القيود التي ترد على اشتراط الفوائد وإلى الحد الأقصى لسعر الفائدة^(١) . وبقي هنا أن نبين عن أية مدة تدفع الفوائد ، والمكان والزمان اللذين تدفع فيهما ، والجزاء الذي يترتب على عدم دفع الفوائد ، وجواز أن يسترد المقرض ما دفعه إلى المقرض من فوائد غير مستحقة .

٣٠٨ - المرة التي ترفع فيها الفوائد : إذا اشترط المقرض على المقرض أن يدفع فوائد على القرض بسعر معين ، فالأصل أن هذه الفوائد تستحق من اليوم الذي يتسلم فيه المقرض مبلغ القرض ، لا قبل ذلك^(٢) .
حتى لو انقضت مدة بين تمام القرض وتسليم المبلغ المقرض ، لم يجب على المقرض أن يدفع فوائد عن هذه المدة ، لأن الفوائد مقابل الانتفاع بمبلغ القرض ، والمقرض لا ينتفع بمبلغ القرض إلا من يوم تسلمه إياه^(٣) .

= (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري - انظر الأستاذ حسن اللنون
فقرة ٢٣٣) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٧٦٦ : لا تجب الفائدة في قرض الاستهلاك إلا إذا نص عليها . وإذا دفع المقرض من تلقاء نفسه فوائد غير منصوص عليها أو زائدة عن الفوائد المشترطة ، فلا يحق له استردادها ولا حسمها من رأس المال .
(ولا يميز التقنين البناني استرداد ما دفع من الفوائد غير المستحقة ، خلافاً للتقنين المصري) .

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٨٩ .

(٢) استئناف مخطط ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١٤ - وقارب استئناف مخطط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٨ (قرض مضمون برهن ولم يدفع المبلغ وقت المقصد) .

(٣) وهذا ما لم يكن عدم تسليم مبلغ القرض راجعاً إلى خطأ المدين (استئناف مخطط ٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥١ - ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١١) : أو كان راجعاً متأخراً في التسليم مادام الدائن مستعداً للتسليم في أي وقت (استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٦٣ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٧) .

وينتهى سريان الفوائد في اليوم الذي ينتهى فيه القرض . فإذا أقرض شخص آخر مبلغاً من النقود بسعر ٦ ٪ لمدة سنتين ، فعند نهاية السنتين ينتهى سريان الفوائد بهذا السعر . وإذا تأخر المقرض عن رد المبلغ بعد انقضاء السنتين ، وجبت عليه فوائد تأخير بالسعر القانونى - ٤ ٪ فى القروض المدنية و ٥ ٪ فى القروض التجارية - من يوم المطالبة القضائية بهذه الفوائد ، وفقاً للقواعد المقررة فى فوائد التأخير . ولكن يغلب أن يشترط المقرض على المقرض سريان الفوائد بالسعر المتفق عايه - ٦ ٪ - إلى يوم رد المبلغ المقرض . فإذا تأخر المقرض فى هذه الحالة عن رد المبلغ المقرض بعد السنتين ، وجبت عليه الفوائد بالسعر المتفق عليه إلى يوم الرد .

وإذا رد المقرض مبلغ القرض عن طريق وسيط ، فإذا كان الوسيط نائباً عن المقرض ، وجب اعتبار أن مبلغ القرض لم يرد إلى المقرض حتى يدفعه الوسيط إليه ، ومن ثم تكون الفوائد مستحقة طول المدة التى يبقى فيها مبلغ القرض فى يد الوسيط إلى أن يدفعه إلى المقرض . أما إذا كان الوسيط نائباً عن المقرض ، اعتبر المبلغ قد رد إلى المقرض بمجرد أن يتسلمه الوسيط ، وينتهى سريان الفوائد منذ ذلك الوقت (١) .

٣٠٩ - الزمان والمكان الزمان نرفع فبهما الفوائد : وتدفع الفوائد فى المواعيد التى يتفق عليها . فقد يشترط المقرض أن يدفع المقرض الفوائد كل شهر أو كل ستة أشهر أو يدفعها كلها مرة واحدة عند نهاية القرض . والواجب فى جميع هذه الأحوال ألاّ يتجاوز ما يدفعه المقرض من فوائد على ٧ ٪ من المبلغ المقرض عن كل سنة ، ولو كانت الفوائد

(١) انظر فى كل ذلك بلانيول مريير وساغانيه ١١ فقرة ١١٦٣ .

تدفع عن مدد أقل من السنة . فإذا لم يبين عقد القرض المواعيد التي تدفع فيها الفوائد ، فإنها تدفع كل سنة عقب نهايتها .

وتدفع الفوائد في المكان الذي يبين في عقد القرض . فإذا لم يبين عقد القرض مكان دفع الفوائد ، سرت القواعد العامة ، ووجب دفع الفوائد في مكان المدين أى المقرض .

٣١٠ - الجزء الذي يترتب على عدم دفع الفوائد : فإذا لم يدفع

المقرض الفوائد في المواعيد المحددة لها ، جاز للمقرض إجباره على دفعها بالطرق المقررة . فيجوز له ، إذا كان عنده سند قابل للتنفيذ ، أن ينفذ على أموال المقرض بالفوائد المستحقة .

ويجوز للمقرض كذلك أن يطلب فسخ القرض لإخلال المقرض بالتزامه من دفع الفوائد في مواعييدها . ولما كان القرض عقداً ملزماً للجانبين ، فإن القواعد العامة في الفسخ تسرى^(١) . فإذا ما أجاب القاضى المقرض إلى طلبه وحكم بفسخ القرض ، استرد المقرض مبلغ القرض والفوائد المستحقة والتعويض المحكوم به من وقت الحكم بالفسخ . ولا يكون للفسخ أثر رجعى ، لأن القرض عقد زمنى فينتج أثره إلى يوم الفسخ^(٢) .

(١) فيجب إعدار المدين قبل طلب الفسخ (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٠) ، إلا إذا اشترط عدم ضرورة الإعدار (استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥١ - ٩ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٣) . انظر أنها في جواز فسخ القرض لعدم دفع الأقساط في المواعيد ، ولو تساهل المدين في بعض الأقساط المتأخرة ثم عاد إلى المطالبة بالفسخ : استئناف مختلط ٢٣ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٨١ - ٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥١ - ٢٦ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٢٠ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٦ - وانظر في جواز النزول ولو ضمنا عن الشرط القاضى بالفسخ : استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٣٤ .

(٢) بلانيول وريبير زسافاتييه ١١ فقرة ١١٤٧ ص ٤٧٧ .

٣١١ - استرداد غير المحقق من الفوائد المرفوعة : كان المشروع

التمهيدى يتضمن نصاً - هو المادة ٧٢٨ من هذا المشروع - يجرى على الوجه الآتى : « إذا دفع المقرض فوائد تزيد على السعر الجائر قانوناً ، كان له فى جميع الأحوال أن يسترد الزيادة ، سواء دفع عن علم أو عن غلط » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، بعد أن نص على حكمه فى نص سابق هو آخر الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ مدنى^(١) . والعبارة الأخيرة من الفقرة المشار إليها ، وقد جاءت عقب الكلام فى تحريم اتفاق المتعاقدين على سعر للفائدة أكثر من ٧ ٪ ، تقول : « فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر ، وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة ، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر » .

وقد قدمنا^(٢) أن المقرض إذا دفع فوائد تزيد على الحد الأقصى المسموح به قانوناً - ٧ ٪ - جاز له أن يسترد ما دفعه زيادة على هذا الحد ، حتى لو كان قد دفع وهو عالم بأن الزائد غير مستحق عليه^(٣) . ويعتبر التزام المقرض بالرد فى هذه الحالة التزاماً برد غير المستحق ، فيسقط بمضى ثلاث سنوات أو بمضى خمس عشرة سنة وفقاً لأحكام المادة ١٨٧ مدنى .

ويجوز للمقرض أن يثبت أنه دفع فوائد أكثر من الحد الأقصى

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٩ - ص ٤٢٠ .

(٢) الوسيط للمؤلف الجزء الثانى فقرة ٥١٤ .

(٣) انظر فى هذا المعنى فى عهد التقنين المدنى السابق : نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠

مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢ - استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٧ -

٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣٧٨ - انظر عكس ذلك : استئناف وطنى ١٦ فبراير سنة ١٩١٥

للجمعية الرسمية ١٦ ص ١١١ - استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٥ -

١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ - ٥ مارس سنة ١٩٥٤ م ٣٦ ص ٢٥١ .

المسموح به بجميع طرق الإثبات ، ومنها البيئة والقرائن ، لأن الربا الفاحش مخالف للنظام العام^(١) .

وبسبب المقرض غير المستحق من الفوائد أيضاً حتى لو لم يزد السعر على الحد الأقصى المسموح به ، إذا كان قد دفع فوائد عن مدة لا تستحق فيها الفوائد . مثل ذلك أن يدفع فوائد عن المدة التي انقضت بين تمام القرض وتسلمه لمبلغ القرض ، أو أن يقع غلط حسابي في مقدار الفوائد يترتب عليه أن يدفع المقرض فوائد أكثر من المستحق . والرد في هذه الأحوال يقوم على أساس رد غير المستحق ، فتسري قواعده ، ويدخل في ذلك مدة التقادم . ولكن الإثبات هنا يخضع للقواعد العامة ، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما جاوز عشرة الجنيهات .

المبحث الثاني

الالتزام برد المثل

٣١٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٤٣ من التقنين المدني على

ما يأتي :

« ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه » .

(١) انظر في هذه المسألة ما سبق أن قدمناه في الوسيط الجزء الثاني ص ٩١٠ هامش رقم ١ - ويجب لإحالة القضية على التحقيق لإثبات الفوائد الربوية أن تقوم قرائن جديّة في احتمال وجود هذه الفوائد الربوية : استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٤ - ١٧ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٤٨ - ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧١ - ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٧٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٥ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٨٨ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣ - ٢٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٧ - ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٢ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٦ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٠ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨٥ - ٧ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٨٠ .

وتنص المادة ٥٤٤ على ما يأتي :

« إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان . وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلاً من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ؛ ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد أو الحد منه » (١) .

(١) تاريخ النصوص .

م ٥٤٣ : ورد هذا النص في المادة ٧٢٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ينتهى القرض بانقضاء الميعاد المتفق عليه . أما إذا لم يحدد العقد أجلاً للقرض ، اتبع في شأنه حكم المادة ٣٩٥ (أى المادة ٢٧٢ مدنى وهى خاصة بإلزام المدين بالوفاء عند المقدرة أو الميسرة) » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٥٧١ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء فيما إذا كان القرض لم يحدد له أجل أياكون الرد حالاً أو تكون نية المتعاقدين قد انصرفت إلى أن يكون الدفع عند الميسرة ، وانتهت اللجنة إلى حذف عبارة « فإذا لم يحدد العقد أجلاً للقرض الخ » اكتفاء بالقواعد العامة . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٥٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢١ - ص ٤٢٣) .

م ٥٤٤ : ورد هذا النص في المادة ٧٣١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا اتفق على سعر للفوائد يزيد على السعر القانونى ، كان للمدين ، إذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته في رد ما اقترضه ، على ألا يتم الرد إلا بعد مضي ستة أشهر من هذا الإعلان - وحق المقرض في الرد لا يجوز الاتفاق على إسقاطه أو على الحد منه » . وأقرت لجنة المراجعة النص مع تحويرات لفظية تحت رقم ٥٧٢ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدل النص تعديلاً جملته مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار أكثر تمثيلاً مع حاجات المتعاملين ، وقد كان قبل تعديله يشترط فى القرض أن يكون بسعر يزيد على السعر المقرر للفوائد القانونية ولا يجوز الرد إلا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ الإعلان ولم يكن ينظم تنظيمًا مفصلاً علاقة الدائن بالمدين . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٥٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٤ و ص ٤٢٦ - ص ٤٢٧) .

ولا مقابل لهذين النصين في التقنين المدني السابق^(١) .

ويقابل النصاب في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٥١١ - ٥١٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٤٢ - ٥٤٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٨٩ - ٦٩١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٦١ - ٧٦٥^(٢) .

(١) ولكن النص الأول ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . أما النص الثاني فنص استحدثه التقنين المدني الجديد ، ولما كان حكمه يعتبر من النظام العام ، فإنه يسرى على القروض التي عقدت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥١١ - ٥١٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٤٢ - ٥٤٣ (مطابق) :

التقنين المدني العراقي م ٦٨٩ : ١ . يجب على المستقرض رد مثل الأعيان المقرضة قدرأ ووصفاً في الزمان والمكان المتفق عليهما . ٢ - فإذا لم يتفق على الزمان ، كان للمقرض أن يسترده في أي وقت . ٣ - وإذا لم يتفق على المكان ، كان الرد واجباً في مكان العقد .

م ٦٩٠ : إذا وقع القرض على شيء من المكيلات أو الموزونات أو المسكوكات أو الورق النقدي ، فرخصت أسعارها أو غلت ، فعلى المستقرض رد مثلها ولا عبء برخصها وغلاؤها .

م ٦٩١ : إذا لم يكن في وسع المستقرض رد مثل الأعيان المقرضة بأن استهلكها فاقطعت عن أيدي الناس ، فللمقرض أن ينتظر إلى أن يوجد مثلها أو أن يطالب بقيمتها يوم القبض .

(وأحكام التقنين العراقي في مجموعها متفقة مع أحكام التقنين المصري ، إلا أن التقنين العراقي يجعل رد القرض حالاً إذا لم يكن هناك اتفاق على أجل للرد ، أما التقنين المصري فقد ترك هذه المسألة للقواعد العامة - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٢٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٦٧١ : على المقرض أن يرجع ما يضارع الشيء

المقرض نوعاً وصفة .

م ٧٦٢ : لا يجوز إجبار المقرض على رد ما يجب عليه قبل حلول الأجل المعين بمقتضى العقد أو العرف . وإنما يجوز له أن يردده قبل الأجل ، ما لم يكن هذا الرد مضرراً بمصلحة المقرض .

م ٧٦٣ : وإذا لم يمتد أجله كان المقرض ملزماً بالرد عند أي طلب يأتيه من المقرض .

ويؤخذ من النصوص المتقدمة الذكر أنه بانتهاء القرض يجب على المقرض رد المثل . فنبحث : (أولاً) ما يرده المقرض وفي أى مكان يكون الرد . (ثانياً) الوقت الذى يجب فيه الرد .

المطلب الأول

ما يرده المقرض وفي أى مكان يكون الرد

٣١٣ - رد المثل : عند نهاية القرض يجب على المقرض أن يرد للمقرض مثل ما اقترضه . وتقول المادة ٥٣٨ مدنى فى هذا الصدد كما رأينا : « القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أى شىء مثلى آخر ، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله فى مقداره ونوعه وصفته » .

فإذا كان الشىء المقرض أشياء مثلية غير النقود ، كغلال أو قطن ، وجب على المقرض أن يرد كميات مماثلة فى المقدار والنوع والصفة^(١) .

= وإذا اتفق الفريقان على أن المقرض لا يوفى إلا عند تمكنه من الإيفاء أو حين تتسنى له الوسائل ، فللمقرض عندئذ أن يطلب من القاضى تعيين موعد للإيفاء .

م ٧٦٤ : يجب على المقرض بأن يرد الشىء المقرض فى المكان الذى عقد فيه القرض إذا لم يكن هناك اتفاق مخالف .

م ٧٦٥ : إن نفقات الاستلام والرد على المقرض .

(ويختلف التقنين اللبنانى من التقنين المصرى فيما يأتى : ١ - لا يجوز فى التقنين اللبنانى الرد قبل الأجل إذا كان الرد مضرراً بمصلحة المقرض . ٢ - عند عدم الاتفاق على أجل للرد ، يكون الرد فى التقنين اللبنانى عند أول طلب من المقرض . ٣ - الرد فى التقنين اللبنانى يكون فى المكان الذى عقد فيه القرض ما لم يكن هناك اتفاق مخالف) .

(١) أما إذا رد المقرض بموجب شرط مقداراً أكبر كان الزائد أجراً للقرض ، أورد مقداراً أقل كان الباقي هبة . وإذا رد شيئاً من نوع آخر كان العقد مقايضة ، فإذا كان الشىء =

ولا عبءة بخلو السعر أو برخصه ، فإذا غلت أسعار الغلال أو القطن أو رخصت ، فإن المقرض يبقى ملتزماً برء مثل ما اقترض ولو غلا سعره فانضر أو رخص سعره فانتفع^(١) . وإذا انقطع مثل الشئ المقرض عن السوق ، كان المقرض بالخيار إما أن ينتظر حتى يعود الشئ إلى السوق فيرد له المقرض المثل ، وإما أن يطالب المقرض بقيمة الشئ المقرض في الزمان والمكان اللذين يجب فيهما الرد^(٢) .

وكذلك الحكم إذا كان الشئ المقرض هو مبلغ من النقود ، كما هو الغالب في القروض ، فلا يلتزم المقرض أن يرد للمقرض إلا مقداراً من النقود يعادل في عدده المقدار الذي اقترض ، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها أثر^(٣) . فإذا اقترض شخص ألف جنيه مصرى ، ردها ألفاً بمقدار عددها ، نزل سعر النقود أو ارتفع . وله أن يرد النقود بعددها عملة ورقية ذات سعر إلزامى ، حتى لو قبضها ذهباً ونزل سعر العملة الورقية . وقد سبق أن بينا حكم العملة الورقية ذات السعر القانونى ، وحكم العملة الورقية ذات السعر الإلزامى ، وحكم ما يسمى بشرط الذهب

= الآخر نقوداً كان المقد بيماء (بودرى وقال ٢٣ فقرة ٧٤٩ . الأستاذ محمد كامل مرسى فى المقود المسألة ٢ فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٥) .

(١) انظر م ٦٩٠ عراق آنفاً فقرة ٣١٢ فى الهامش - وإذا تأخر المقرض فى الرد ، وأعذرته المقرض ، فإن هذا يسترد الشئ المقرض مع تمويض هو تبة مالقه من خسارة وما فاتة من كسب بسبب تأخر المقرض فى الرد ، وذلك وفقاً للقواعد العامة (الأستاذ محمد كامل مرسى فى المقود المسألة ٢ فقرة ٣١٢) .

(٢) قارن م ٦٩١ عراق آنف فقرة ٣١٢ فى الهامش .

(٣) انظر م ١٣٤ مدنى وقد نصت على هذا الحكم صراحة . وإذا تأخر المقرض فى الرد ، فلا تستحق فوائد عن التأخر فى رد النقود إلا وفقاً للقواعد العامة المقررة فى الفوائد ، فإذا كانت الفوائد مشرطة بسعر معين إلى يوم الرد ، بقيت هذه الفوائد سارية حتى يرد المقرض المقرض . وإذا لم تكن هناك فوائد مشرطة ، أو انتهى سريان الفوائد المشرطة ، لم يكن المقرض حق فى الفوائد إلا بالسعر القانونى ومن يوم المطالبة للقضائية بهذه الفوائد .

(clause d'or) أو شرط الوفاء بما يعادل قيمة الذهب (payable en valeur or) في كل من القانون المصرى والقانون الفرنسى^(١) .

٣١٤ - المطلب الذى يجب فيه الرد : وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص فى المادة ٧٢٦ / ١ و ٢ منه على ما يأتى :

١ - على المقرض أن يرد المثل فى المكان والزمان المتفق عليهما .

٢ - فإذا لم يتفق على المكان ، كان الرد واجباً فى موطن المقرض^(٢) .

وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لأن أحكامه مستفادة من القواعد العامة^(٣) .

وتتضمن المادة ٣٤٧ مدنى القواعد العامة فى هذا الشأن ، وهى تقضى بأنه إذا اتفق الطرفان على مكان معين يكون فيه الرد ، وجب على المقرض أن يرد المثل فى هذا المكان . أما إذا لم يوجد اتفاق فى هذا الشأن ، فالرد يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء . فبرد المقرض المثل ، فى هذه الحالة ، فى المكان الذى يوجد فيه موطنه وقت الرد ، وعلى الدائن تحمل مصروفات سعيه إلى موطن المقرض ،

(١) انظر الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٢٦ - وانظر فى شروط ألفت فى التعامل فى فرنسا ترمى إلى تأمين المقرض من انخفاض سعر العملة ، كالدفع بعملة أجنبية أو بسعر سلعة معينة أو بحسب الأرقام القياسية للأسعار فى مجموعها ، وقيمة هذه الشروط من الناحية القانونية : بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٤٥ مكررة ثانياً - فقرة ١١٤٥ مكررة ثالثاً .

(٢) (٢) قارن م ٤٧٦ / ٥٨٠ مدنى سابق ، وهى تقضى بأن يكون الرد فى المحل الذى حصلت فيه العارية . والعبرة بتاريخ القرض ، فإن أبرم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام للتقنين السابق ، وإلا فأحكام التقنين الجديد .

(٣) (٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٨ - ص ٤١٩ فى الهامش .

وذلك ما لم يكن المقرض قد تأخر عن الدفع في الميعاد فقاضاه المقرض ، فتكون المصروفات على المقرض^(١) .

المطلب الثاني

الوقت الذى يجب فيه الرد

٣١٥ - التمييز بين ما إذا حدد للرد أجل أو لم يحدد : الوقت الذى يجب فيه على المقرض أن يرد المثل أمر بالغ الأهمية فى عقد القرض ، ولذلك أفردناه بالبحث . ويجب التمييز فى هذا الصدد بين ما إذا كان الطرفان قد اتفقا على أجل للرد ، أو سكتا عن ذلك .

٣١٦ - بوجوب اتفاق على أجل للرد - سقوط الأجل أو النزول عنه : يغاب أن يكون الطرفان قد اتفقا على أجل للرد ، فيجب على المقرض أن يرد المثل إلى المقرض بمجرد أن يحل هذا الأجل . وقد رأينا أن الأجل يحل إما بانقضائه وإما بسقوطه .

فيحل الأجل بانقضائه إذا انقضى الميعاد المضروب ، وعند ذلك يجب على المقرض رد المثل بمجرد انقضاء الميعاد^(١) .

ويحل الأجل بسقوطه : (١) إذا شهر إفلاس المقرض أو إعساره . (٢) إذا أضعف المقرض بفعله إلى حد كبير ما أعطى المقرض من تأمين خاص ، ما لم يؤثر المقرض أن يطالب بتكملة التأمين . فإذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المقرض فيه ، فإن الأجل يسقط

(١) محكمة جنح مصر المختلطة ٨ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٨ .

(٢) لنظر الوسيط للنزول الجزء الثالث فقرة ٧٠ - وإذا اشترط المقرض عدم الإعتار

صح الشرط (استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٢) .

ما لم يقدم المقرض للمقرض تأميناً كافياً . (٣) إذا لم يقدم المقرض للمقرض ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات (١) .

ويجوز أيضاً أن يكون الرد قبل الأجل إذا نزل عنه من له مصلحة فيه . ويغلب ، إذا كان القرض بغير فائدة ، أن يكون الأجل لمصلحة المقرض . فله إذن أن ينزل عن الأجل وأن يرد المثل قبل حلوله . أما إذا كان القرض بفائدة ، فالأجل في مصلحة الطرفين ، ولا يجوز النزول عنه ورد المثل قبل حلوله إلا باتفاق الطرفين (٢) ، وذلك فيما عدا الحالة التي سنبحثها فيما يلي .

٣١٧ - الرد قبل الميعاد في القرض بفوائد : فقد قضت المادة ٥٤٤

مدني ، فيما قدمنا ، بأنه يجوز استثناء للمقرض أن يرد المثل قبل حلول

(١) انظر م ٢٧٣ مدني - وانظر في كل ذلك الوسيط للمؤلف جزء ٣ فقرة ٧١ - فقرة

. ٧٤

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد ينص في المادة ٧٣٢ منه على أنه « يجوز للمقرض ألا يسلم ما أقرضه أو أن يسترده قبل الأجل ، إذا أصر المقرض بعد القرض ، أو كان معسراً قبل ذلك ولكن المقرض لم يعلم بالإعسار إلا بعد تمام العقد » . فحذف هذا النص في لجنة لمراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٤ - ص ٤٢٥ في الهامش) . ويلاحظ أنه في حالة ما إذا كان المقرض معسراً قبل القرض ولم يكن المقرض عالماً بهذا الإعسار ، اعتبر المقرض واقعاً في غلط جوهري ، وجاز له إبطال القرض واسترداد الشيء المقرض قبل الأجل .

(٢) انظر في حلول الأجل بالنزول عنه من له مصلحة فيه الوسيط للمؤلف ٣ فقرة ٧٦ - وانظر م ٧٦٢ لبناني آنفاً فقرة ٣١٢ في الهامش - ويجوز أن يجبر المقرض على استيفاء القرض قبل الأجل المشروط لمصلحته ، وذلك إذا كان القرض مضموناً بمقار مرهون وهنا رسمياً ، وباع المقرض حق المقار المرهون ، فظهر المشتري المقار وأجبر المقرض على استيفاء حقه على هذا النحو . وفي هذه الحالة يستطيع المقرض أن يرجع على المقرض بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب تعجيل الوفاء قبل الميعاد (بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٤٦ مكررة ص ٤٧٥) .

الأجل ، ولو كان الأجل روعيت فيه مصلحة المقرض ودون حاجة إلى رضاء هذا ، إذا توافرت الشروط الآتية :

١ - أن يكون القرض بفائدة وقد عين له أجل للرد . ويستوى أن يكون سعر الفائدة يزيد أو يعادل أو يقل عن السعر القانوني (١) .

٢ - أن تنقضى ستة أشهر على تسلم المقرض لمبلغ القرض وسريان الفوائد . وهذا الشرط يتضمن بداهة أن يكون الأجل المحدد للرد أطول من ستة أشهر .

٣ - أن يعلن المقرض المقرض برغبته في إنهاء القرض وفي رد ما اقترضه . ولم يشترط القانون شكلاً خاصاً لهذا الإعلان ، فيصح أن يكون بإنذار على يد محضر أو بكتاب مسجل أو بكتاب غير مسجل أو شفويًا . ولكن عبء الإثبات يقع على المقرض ، فيحسن تيسيراً للإثبات أن يكون الإعلان بكتاب مسجل .

٤ - أن يرد المقرض المثل فعلاً في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ وصول الإعلان إلى المقرض . وهذا الشرط يتضمن أيضاً أن يكون الأجل الذي كان محدداً للرد أطول من ستة أشهر ، حتى يتصور إنقاصه إلى ستة ، إذ يشترط كما رأينا انقضاء ستة أشهر من وقت القرض وستة أخرى من وقت الإعلان .

٥ - أن يدفع المقرض فوائد الستة أشهر التي انقضت من وقت القرض وفوائد الستة الأشهر الأخرى التي تلت الإعلان ، وذلك سواء رد المثل قبل انقضاء هذه الستة الأشهر الأخرى أو عند انقضائها . فتكون

(١) وقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة ٤٤٤ مدني يشترط أن تكون الفوائد تزيد

عن السعر القانوني ، ولكن هذا القيد حذف في لجنة مجلس الشيوخ (انظر آنفاً فقرة ٧٨٥ في الهامش) .

الفوائد التي يدفعها هي فوائد سنة كاملة ، وهذا يدل كما قدمنا على أن القرض كان لمدة أطول من سنة حتى يمكن المقرض أن يفيد من الرد فتسقط عنه الفوائد فيما زاد على السنة . ولا يلزم المقرض أن يؤدي فائدة أو مقابلاً من أي نوع غير ما قدمناه ، بسبب تعجيل الوفاء .

فإذا توافرت هذه الشروط ، انقضى القرض قبل حلول الأجل بإرادة المقرض وحده ، ولو أن الأجل كان مشروطاً لمصلحة المقرض ولم يطلب هذا تعجيل الوفاء . وقد لوحظ في هذا الحكم الذي استحدثه التقنين المدني الجديد أن ييسر على المقرض رد القرض قبل الميعاد ، إذا كان هذا الميعاد أطول من سنة ، حتى يتخفف من دفع فوائد المدة كلها فلا يدفع منها إلا فوائد سنة واحدة . ويعتمد المقرض إلى الاستفادة من هذا التيسير إذا توافر عنده ما يسدّد به القرض قبل الميعاد ، وكذلك إذا كان سعر الفائدة المشرطة عالياً واستطاع أن يقرض بسعر أقل فيستبدل القرض ذا السعر الأدنى بالقرض ذي السعر الأعلى (١) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٥ - وانظر في هذه المسألة الوسيط للمؤلف جزء ٣ فقرة ٧٦ ص ١٢٧ - وانظر تشريعاً استثنائياً في فرنسا يقضى بجواز تعجيل دفع الدين قبل الأجل ولو كان ينتج فوائد دون حاجة إلى رضا الدائن : الوسيط للمؤلف جزء ٣ ص ١٢٧ هامش رقم ١ .

وقد كان القضاء المختلط في عهد التقنين المدني السابق يقضى بجواز الرد المعجل في مقابل تمريض ، إذا اتفق الطرفان على ذلك ، في غير مجاوزة للحد الأقصى للسعر الاتفاقى : استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ١٠ - ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٣ - ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٤٧ - ٢٥ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٠ - ٩ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٤٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٤٥ - ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٠ - ٧ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٣ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨ - ١٦ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٧ - ١٠ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٤ - ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٤ - ١١ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٢ - ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ - ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩٦ - ٣ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ -

والحكم المتقدم الذكر يعتبر من النظام العام بصريح النص ، إذ تنول العبارة الأخيرة من المادة ٥٤٤ مدني : « ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد أو الحد منه » . فلا يجوز إذن أن يشترط المقرض أن ينزل المقرض عن حقه في تعجيل الرد على النحو الذي قدمناه ، أو أن يحد من هذا الحق بأن يشترط مثلاً على المقرض ألاّ يعجل الرد إلا بعد مدة أطول من سنة .

٣١٨ - لا يجوز اتفاق على أجل للرد : وقد يقع ألاّ يتفق المتعاقدان

على أجل للرد ، وهذا نادر . فإذا وقع ، سرت القواعد العامة . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، إذ كانت المادة ٧٢٩ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ينتهى القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه . أما إذا لم يحدد العقد أجلاً للقرض ، اتبع في شأنه حكم المادة ٣٩٥ » ، أى اتبع في شأنه الحكم عندما يكون الوفاء مشروطاً عند مقدرة المدين أو عند ميسرته (م ٢٧٢ مدني) . وقد اختلفت الآراء في لجنة مجلس الشيوخ في صدد هذه المسألة ، فذهب بعض إلى أنه عندما لا يوجد اتفاق على أجل للرد كان الرد واجباً عند أول طلب من المقرض^(١) . وذهب بعض آخر إلى أن نية المتعاقدين عند عدم تحديد

= ص ٤٨٨ . ١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٨٠ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٨ - ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٤٣ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٧ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٣٨ ص ٣٧٨ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٣٠ - ١١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٨٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩٥ (اشترطت الشركة المقرضة : جواز رد السندات قبل الميعاد ، وجعلت مدة ٥٣ سنة هي الحد الأقصى للرد ، فيجوز لها الرد قبل ذلك دون دفع تعويض) .

(١) انظر أيضاً في هذا المعنى م ٦٨٩ / ٢ عراق وم ٧٦٣ لبناني آنفاً فقرة ٣١٢

في الهامش .

أجل تكون قد انصرفت إلى أن يكون الدفع عند الميسرة ، وإلا لم تكن هناك فائدة من القرض إذا أمكن المقرض أن يطلب السداد فوراً بعد القرض . وانتهت اللجنة إلى حذف هذا النص اكتفاء بالقواعد العامة^(١) .

ونرى أن القواعد العامة تقضى بتفسير نية المتعاقدين في هذا الشأن . فإن ظهر من الظروف أنهما أرادا أن يكون الرد عند أول طلب من المقرض ، وجب على المقرض أن يرد القرض . بمجرد أن يطالبه المقرض بالرد^(٢) . وإن ظهر أن المتعاقدين إنما أرادا ألا يسترد المقرض القرض إلا عند مقدرة المقرض على الوفاء أو عند ميسرته ، وجب اتباع هذا الحكم . ونرجح ، عند الشك في تبين نية المتعاقدين ، أن تكون نيتهما قد انصرفت إلى أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة^(٣) .

وقد سبق أن بينا متى يكون الوفاء إذا اشترط المقرض على المقرض أن يكون الوفاء عند المقدرة أو الميسرة . فقد نصت المادة ٢٧٢ مدني على أنه « إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٢ - ص ٤٢٣ - وانظر آنفاً فقرة ٧٨٥ في الهامش . وانظر أيضاً م ٧٢٦ / ٣ من المشروع التمهيدي ، وقد حذفت هي أيضاً اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١٨ - ص ٤١٩ في الهامش) .

(٢) ولكن يجوز للقاضي أن يمنع المقرض نظرة الميسرة ، وفقاً للقواعد العامة .

(٣) قارب الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٠٦ - وقد كانت المادة ٤٧٥ / ٥٧٩ مدني سابق تنص على ما يأتي : « على المستير أن يؤدي في الوقت المتفق عليه ما استعاره . وإذا لم يمين لأداء المستعار مهداد . أرسار الاتفاق على أن المستير يؤديه عند إمكانه ، فيمين للقاضي الوقت الذي يقتضى حصول الأداء فيه » .

أو الميسرة ، عين القاضى ميعاداً مناسباً لحلول الأجل ، مراعيّاً في ذلك
موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على
الوفاء بالتزامه ^(١) :

(١) انظر في هذه المسألة الوسيط للمؤلف الجزء الثالث فقرة ٥٤ - وانظر في الشرط القاضى
بأن المقرض يرد القرض عندما يشاء ، فلا يحل أجل الرد إلا إذا شاء المقرض الرد حال حياته ،
وإلا لم يحل الرد إلا بموت المدين : الوسيط للمؤلف الجزء الثالث ص ٨٧ هامش رقم ٢ - بلانيول
ورديير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٤٦ مكررة - وقارن بودرى وقال ٢٣ فقرة ٧٦٨ - وانظر
في أحواله أخرى بودرى وقال ٢٣ فقرة ٧٦٩ - فقرة ٧٧٠ .

الفصل الثالث

الدخل الدائم

٣١٩ - **مقالة تاريخية :** يتميز الدخل الدائم عن القرض في أن مبلغ القرض في الدخل الدائم غير واجب الرد في وقت معين ، بل هو غير واجب الرد أصلاً ما دام المقرض يدفع الفائدة وهي الدخل . ومن هنا سمى العقد بالدخل الدائم ، لأن الفائدة يجب دفعها على الدوام ما دام الاستبدال لم يقع .

وقد بدأ الدخل الدائم في القانون الروماني أن يكون قرضاً مستتراً ، وسمى بالدخل الدائم حتى يستبعد من نطاق القرض فلا تسرى عليه القيود التي تحدد الفائدة ، وبخاصة القيد القاضي في القانون الروماني بالألّا يزيد مجموع الفائدة على رأس المال . فالدائن بالدخل (وهو المقرض) يتقاضى من المدين به (وهو المقرض) فائدة مستمرة ، يتقاضاها هو وورثته من بعده ، فيمكن أن يتجاوز مجموع الفائدة بذلك رأس المال بكثير . ولم يكن ذلك محرماً في قوانين جوستنيان (Nov. 160) ، إذ اعتبرت الفائدة هنا دخلاً دورياً (annuus redditus) وليست فائدة .

وورث القانون الفرنسي القديم تقاليد القانون الروماني ، فأجاز الدخل الدائم ، بل إن القانون الكنسي ذاته أجازته متغافلاً عما يتضمنه من ربا . ولكن ما لبثت القوانين التي تقيّد سعر الفائدة أن أحاطت بالدخل الدائم ، فقيده بما تنقيده الفائدة^(١) .

(١) وكان الدخل الدائم في القانون الفرنسي القديم يعتبر عقاراً ، إذ يشبه دخل العقار في دوامه . أما في القوانين الحديثة ، فالدخل الدائم نفود أو أشياء مثلية أخرى ، فهو دائماً منقول . ويبقى منقولاً حتى لو كان مضموناً برهن رسمي (بودري وفال ٢٣ فقرة ٩٥٥) .

وانتقل الدخل الدائم إلى التقنين المدني الفرنسي ، ومنه إلى التقنينات الحديثة . ولم تعد الأفراد تلجأ إلى هذا النوع من التعامل ، إذ القرض أمامها وباب الفائدة فيه مفتوح . وقل أن يكون القرض الذي لم يحدد فيه أجل للرد مقصوداً به أن يرتب دخلاً دائماً ، والغالب كما رأينا أن المتعاقدين قد قصدا أن يكون الرد عند الميسرة أو المقدرة .

وأصبحت الصورة المألوفة في العصر الحاضر لترتيب الدخل الدائم هي ما تعتمد إليه الحكومات (أو الأشخاص المعنوية غير محددة المدة كالبليات والمصارف والشركات) من إصدار سندات بقروض . فالسند قرض يعطيه المكتب للدولة ، ولا يستطيع أن يسترده من الدولة ذاتها متى أراد ، وإنما يتقاضى فائدة سنوية عن السند . هي الدخل الدائم^(١) . ومتى أرادت الدولة أن ترد له رأس المال — ويقع ذلك عادة عن طريق استهلاك (amortissement) السندات — رده فانقطع الدخل . ويستطيع المكتب إذا أراد رأس المال بدلاً من الدخل أن يبيع السند في البورصة ، فيحصل على قيمته الفعلية ، وينتقل السند إلى المشتري فيصبح هو صاحب الدخل الدائم^(٢) .

وننتقل إلى بيان أحكام الدخل الدائم كما نظمها التقنين المدني الجديد ، فنبحث : (١) ترتيب الدخل الدائم (٢) واستبدال الدخل الدائم .

(١) ومن ثم غلب على الدخل الدائم أن يكون عقداً من عقود القانون العام (جوسران ٢ فقرة ١٣٥٨) .

(٢) انظر في كل ذلك بودرى وقال ٢٣ فقرة ٩٤٧ — فقرة ٩٥٠ .

الفرع الأول

ترتيب الدخل الدائم

٣٢٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٤٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - يجوز أن يتعهد شخص بأن يؤدي على الدوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلاً دورياً يكون مبلغاً من النقود أو مقداراً معيناً من أشياء مثلية أخرى . ويكون هذا التعهد بعقد من عقود المعاوضة أو التبرع أو بطريق الوصية » .

« ٢ - فإذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة ، اتبع في شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التي تسري على القرض ذي الفائدة » (١) :

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٤٧٩ / ٥٨٣ - ٥٨٥ و ٤٨١ / ٥٨٩ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٧٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٩ - ص ٤٣٠) .

(٢) التقنين المدني السابق : ٥٨٣ / ٤٧٩م - ٥٨٥ : يجوز أن يشترط في عقد الاقتراض بالفائدة أن المقرض ليس له طلب رأس المال أبداً ، وأن للمقرض رده في أى وقت أراد . وفي هذه الحالة يسمى العقد المذكور عقد ترتيب إيراد ، وتسمى الفائدة باسم مرتب ، ومع ذلك يجوز للمقرض أن يستحصل على حكم برد رأس ماله إذا لم يوف المقرض بما التزم به أو إذا امتنع عن أداء التأمينات المشروطة أو أعدمها أو وضع في حالة الإفلاس .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري ٥١٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٤٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٩٤ (١) . أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني فلم ترد فيه نصوص في الدخل الدائم .

ويؤخذ من هذا النص أن هناك صوراً مختلفة لترتيب الدخل الدائم ، وأن الدخل متى رتب وجب دفعه دائماً إلى صاحبه حتى ينقضي بسبب من أسباب الانقضاء . فنبعث مسألتين (١) الصور المختلفة لترتيب الدخل الدائم (٢) الالتزام بدفع الدخل حتى ينقضي .

المبحث الأول

الصور المختلفة لترتيب الدخل الدائم

٣٢١ - **الصورة الفالبة هي عقد القرض** : يغلب ، كما قدمنا ، أن يكون العقد الذي يرتب الدخل الدائم هو عقد قرض ، فتعقد الدولة قرضاً في صورة سندات تصدرها متساوية في قيمها الاسمية . فيكتب المقرض في السند ، ويقرض الدولة القيمة الاسمية لهذا السند ، على أن يتقاضى منها دخلاً دائماً سنوياً هو الفائدة التي تحدد الدولة سعرها . وبراعى في تحديد سعر الفائدة القيود الواردة على الفوائد ، فلا يجوز أن يزيد هذا السعر على الحد

- م ٤٨١ / ٥٨٩ : تتبع القواعد المقررة سابقاً في حالة تقرير مرتبات مؤبدة أو مقيمة بمدة الحياة في مقابلة بيع أو عقد آخر أو مجرد تبرع .

(وأحكام التقنين السابق في مجموعها متفقة مع أحكام التقنين الجديد) .

(٣) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥١٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٤٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٩٤ (موافق - انظر الأستاذ حسن الذنون ص ٢٣٥) .

الأقصى المسموح به للفوائد الاتفاقية وهو ٧٪ . والغالب أن يحدد سعر الفائدة للسند بأقل من ذلك بكثير ، فيكون السعر عادة ٣٪ أو ٣ ¼٪ ، وقل أن يصل إلى ٥٪ (١) .

على أنه لا يوجد ما يمنع - نظرياً على الأقل - من أن يكون المقرض في الدخل الدائم فرداً ، فيلتزم بأداء الدخل للمقرض ولخلفائه من بعده على الدوام . وسرى أنه يجوز للمقرض دائماً أن يتخلص من التزامه باستبدال الدخل ، فلا يتأبد الالتزام في ذمته . كذلك لا يوجد ما يمنع من أن يكون الدخل أو رأس المال أشياء مثلية أخرى غير النقود ، كما هي الحال في القرض ، ولكن ذلك يندر كثيراً أن يقع في العمل .

٣٢٢ - صور أخرى لترتيب الدخل الدائم : وليس القرض هو الصورة الوحيدة لترتيب الدخل الدائم ، وإن كان هو الصورة الغالبة . فقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ هـ مدني تقول : « ويكون هذا التعهد بعقد من عقود المعاوضة أو التبرع أو بطريق الوصية » .

فيصح إذن ترتيب الدخل الدائم بعقد من عقود المعاوضة غير القرض ذي الفائدة ، وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع . فيبيع شخص عيناً مملوكة له بثمن هو دخل دائم . ويصح أن يتم ذلك بإحدى طريقتين . فإما أن يتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن مقداراً معيناً من النقود يكون رأس مال ، ويحول في عقد البيع ذاته إلى دخل دائم . وإما أن يتفق المتبايعان على أن يكون الثمن رأساً دخلاً دائماً . وفي كلتا الطريقتين لا يكون الدخل الدائم

(١) ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولا يجوز أن يكون هذا الدخل أعلى من السعر الاتفاقي للفائدة ، لأن الدخل إنما هو فائدة لرأس المال الذي تم إقراضه . . . ويؤدي الدخل للمستحق ولخلفائه من بعده على الدوام . ولذلك كانت الحكومات والمصارف هي أصلح الهيئات لترتيب المدخل الدائم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢٩) .

عقداً مستقلاً عن عقد البيع ، بل يكون ركناً في عقد البيع هو الثمن . غير أنه في الطريقة الأولى إذا أريد استبدال الدخل الدائم ، كان رأس المال الواجب الرد هو مقدار الثمن الذي حدد أولاً في عقد البيع (م ١/٥٤٨ مدني) . ورأس المال الواجب الرد في الطريقة الثانية هو مبلغ من النقود فائدته محسوبة بالسعر القانوني تساوى الإيراد (م ٢/٥٤٨ مدني)^(١) .

ويصح ترتيب الدخل الدائم تبرعاً ، ويكون ذلك إما من طريق الهبة أو من طريق الوصية . فهب شخص آخر مقداراً معيناً من النقود أو أشياء مثلية أخرى كقلال أو مأكولات أو مشروبات ، في مواعيد نورية ، أو يوصي له بها . فيتقاضى صاحب الدخل دخله الدوري في المواعيد المحددة ، ولكن المدين بهذا الدخل ، هو أو تركته ، يستطيع أن يتخلص من التزامه بدفع الدخل إذا هو استبدله على النحو الذي سنبينه فيما بعد .

٣٢٣ - شكل ترتيب الدخل الدائم وكيفية إثباته : ولم يشترط القانون لترتيب الدخل الدائم شكلاً خاصاً ، ومن ثم يجب اتباع شكل التصرف القانوني الذي رتبته . فإن كان هذا التصرف القانوني قرضاً ، فليس للقرض شكل خاص ، وإنما هو عقد رضائي كما قدمنا . أما إذا كان التصرف هبة ، فإنه يجب أن يكون في ورقة رسمية ، وكذلك إذا كان وصية . وجب اتباع الشكل الواجب في الوصية .

ويجوز إثبات ترتيب الدخل الدائم بالطرق المقررة في القواعد العامة

(١) انظر الوسيط ٤ ، فقرة ٢٠٥ - ثم إنه في الطريقة الأولى لا يجوز أن يزيد الدخل على الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية بالنسبة إلى الثمن المقدّر في العقد . وأما في الطريقة الثانية فلا يوجد ثمن مقرر في العقد ، والثمن هو الدخل ذاته ، فلا قيد عليه من حيث الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية ، إلا إذا قصد بذلك ستر الربا الفاحش (الأستاذ محمد كامل مرسي في العقود المسماة ٢ فقرة ٣٥٤) .

للإثبات : ولما كان الدخل دائماً ، فهو غير محدد القيمة ، فلا تجوز البيئة ولا القرائن في إثباته ، بل يجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها . والكتابة على كل حال ضرورية أيضاً من الناحية العملية ، فإن الالتزام بالدخل الدائم طويل الأمد فالحصول على كتابة لإثباته أمر ضروري . ولا يكفي لإثباته أن يكون صاحب الدخل قد استمر خمس عشرة سنة يقبض الدخل بانتظام ، فإن ترتيب الدخل الدائم لا يثبت كما قدمنا بالقرائن ، ولا تصلح هذه المدة سبباً للتقادم وإن كانت تزول به (١) .

والغالب كما قدمنا أن يتخذ الدخل الدائم صورة قرض تعقده الدولة ، وفي هذه الحالة تكون السندات التي تصدرها الدولة بهذا القرض هو الشكل المألوف لترتيب الدخل الدائم ، وهي في الوقت ذاته الطريقة المعتادة لإثباته .

المبحث الثاني

الالتزام بدفع الدخل الدائم

٣٢٤ - **مروءة** هذا الالتزام : يلتزم المدين بالدخل الدائم بدفعه إلى الدائن ، بالمقدار المحدد في العقد أو في الوصية . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٥٤٥ مدني ، كما رأينا ، إنه « إذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة ، اتبع في شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التي تسرى على القرض ذي الفائدة » .

فإذا رتب الدخل بعقد قرض أو بعقد بيع ، وجب ألا يجاوز الدخل السنوي الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفائدة ، محسوباً ذلك بالنسبة إلى رأس المال المقرض أو إلى ثمن المبيع ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . هذا إذا كان رأس المال نقوداً ، حتى لو كان الدخل أشياء مثلية غير النقود . أما

(١) بودري وقال ٢٣ فقرة ٩٦٠ .

إذا كان رأس المال أشياء مثلية غير النقود ، فيجوز أن يجاوز الدخل - نقوداً كان أو أشياء مثلية غير النقود - الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفائدة ، لأن هذا الحد الأقصى لا يكون إلا إذا كان رأس المال نقوداً (١) .

ولما نص النص لم يقيد الدخل إلا من حيث سعر الفائدة ، فإن القيود الأخرى التي ترد على الفوائد لا تسرى . من ذلك أنه يجوز في الدخل الدائم أن يكون مجموع الدخل الذي يتقاضاه الدائن أكثر من رأس المال ، وهذا بخلاف الفوائد غير الدخل فإنه لا يجوز أن يجاوز مجموع ما يتقاضاه الدائن منها رأس المال (م ٢٣٢ مدني) . ومن ذلك أيضاً أنه يجوز للدائن بالدخل أن يتقاضى فوائد تأخيرية إذا تأخر المدين عن دفع الدخل في الميعاد ، فيقاضيه الدائن مطالباً إياه بالدخل المتأخر والفوائد بالسعر القانوني ، أما في الفوائد العادية فلا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد (م ٢٣٢ مدني) .

وإذا رتب الدخل تبرعاً بهبة أو وصية ، فلا يتصور أن يسرى هنا الحد الأقصى للسعر الاتفاقي ، إذ لا يوجد رأس مال أعطى للمدين حتى ينسب إليه الدخل للتثبت من عدم مجاوزته للحد الأقصى . ومن ثم يجوز أن يكون الدخل في هذه الحالة أي مقدار يرضى المدين أن يتبرع به .

٣٢٥ - من يقوم بالرفع ولم يكن الرفع : يقوم بالدفع المدين

بالدخل ، وهو في القرض المقرض ، وفي البيع المشتري ، وفي الهبة الواهب ، وفي الوصية تركة الموصي . ولما كان الدخل دائماً ، فإنه لا ينقضي بموت المدين ، بل تكون تركته مسئولة عن الاستمرار في دفع الدخل ، ومن ثم يجب أن يقطع من التركة رأس مال تكفي فائدته للوفاء بالدخل . ولما كان المدين بالدخل في الغالب هو شخص معنوي - الدولة

أو أحد المصارف أو إحدى الشركات - فإن الذى يقع عملاً أن المدين ، ويدوم مدة طويلة أو يدوم دون انقطاع إذا كان هو الدولة ، يبقى يؤدي الدخل إلى أن يستبدل به عن طريق استهلاك السندات التى أصدرها .

ويدفع الدخل للدائن به ، وهو فى القرض المقرض ، وفى البيع البائع ، وفى الهبة الموهوب له ، وفى الوصية الموصى له . ويستمر الدفع طول حياة المدين ، فإذا مات انتقل الدخل إلى ورثته ، ثم إلى ورثة ورثته وهكذا ، كل بقدر نصيبه فى الميراث . ويتجزأ الدخل على الورثة . ويستمر دفع الدخل إلى أن يستبدل به المدين أو إلى أن ينقضى بسبب من أسباب الانقضاء .

٣٢٦ - الزمان والمكان التزام برفع فبرما الدخل : يدفع الدخل فى المواعيد المحددة فى سند ترتيبه ، ويغلب أن يكون الميعاد المحدد سنة فسنة . فإذا لم يحدد ميعاد للدفع فى سند الترتيب ، ولم يمكن استخلاص هذا الميعاد من الظروف والملازمات ، وجب دفع الدخل فى آخر كل سنة .

ويدفع الدخل فى المكان المحدد فى سند ترتيبه ، فإذا لم يحدد مكان ، وجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن يكون الدفع فى موطن المدين بالدخل^(١) .

٣٢٧ - الجزاء على عدم دفع الدخل : وإذا لم يقيم المدين بدفع الدخل على النحو الذى قدمناه ، جاز للدائن إجباره على الدفع . فيطالبه قضائياً بدفع الدخل المتأخر مع الفوائد التأخيرية بالسعر القانونى ، فإذا حصل على حكم بذلك قابل للتنفيذ ، نفذه على أموال المدين .

وسرى أيضاً أن الدخل الدائم قابل للفسخ عن طريق إجبار المدين على الاستبدال ، إذا لم يدفع الدخل سنتين متواليتين رغم إعداره .

٣٢٨ - أسباب انقضاء الالتزام بدفع الدخل : ينقضى الالتزام

بدفع الدخل بالأسباب التي تنقضى بها سائر الالتزامات . ويجب التمييز في هذا الصدد بين الالتزام بدفع قسط دورى من الدخل والالتزام بدفع الدخل في مجموعه .

أما الالتزام بدفع قسط دورى من الدخل فينقضى بالوفاء بهذا القسط ، أو بالتجديد ، أو بالمقاصة ، أو باتحاد الذمة ، أو بالإبراء ، أو بالتقادم ومدة التقادم هنا خمس سنوات من وقت حلول القسط لأن أقساط الدخل حقوق دورية متجددة .

وأما الالتزام بدفع الدخل في مجموعه أو الدخل الدائم ، فإنه لا يسقط بوفاء أقساط الدخل مهما كثرت ، لأن هذه الأقساط تتجدد دائماً . ولكنه يسقط بالتجديد ، وبالمقاصة ، وباتحاد الذمة ، وبالإستبدال بعد أن يظهر المدين رغبته في رد رأس المال وبعد انقضاء سنة على إظهار هذه الرغبة ، وبالإبراء ، وبالتقادم إذا سكنت الدائن عن المطالبة بحقه مدة خمس عشرة سنة^(١) .

ولكن السبب الرئيسى لانقضاء الالتزام بدفع الدخل في مجموعه هو الاستبدال ، ذلك أنه يشترط في الدخل الدائم أن يكون قابلاً للاستبدال في أى وقت شاء المدين . وهذا ما ننتقل الآن إليه .

(١) أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ *rent constituée* فقرة ٣٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ٢ فقرة ٣٦٢ - ويبدأ سريان التقادم من وقت وجود الالتزام بالدخل الدائم ، لأنه من ذلك الوقت يكون نافذاً ، حتى قبل حلول أى قسط من أقساطه . فإذا انقضى منذ وجود الالتزام بالدخل الدائم خمس عشرة سنة ، سقط الالتزام . والمفروض في هذه الحالة أن أى قسط من أقساط الدخل لم يدفع ، لأنه لو دفع قسط منها فقد انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد يسرى منذ الانقطاع دون حاجة لانتظار حلول قسط تال . فإذا لم يدفع أى قسط ، فمدة التقادم تسرى كما قدمنا منذ وجود الالتزام دون حاجة لانتظار حلول أول قسط منه ، فقد لا يحل إلا بعد سنة ، فيتقادم الالتزام بالدخل بعد خمس عشرة سنة من وجوده ، أى بعد أربع عشرة سنة من حلول أول قسط (انظر في هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦١٧ ص ١٠٦٤) .

الفرع الثاني

استبدال الدخل الدائم

٣٢٩ - متى يكون الاستبدال وكيف يتم : الدخل الدائم كما قدمنا

قابل للاستبدال دائماً متى شاء المدين ، ولكن المدين لا يجبر على الاستبدال إلا في أحوال معينة . فإذا قامت حالة من أحوال الاستبدال ، فإن الاستبدال يتم برد رأس المال وفقاً لقواعد قررها القانون .

فتكلم إذن في المسألتين الآتيتين : (١) متى يكون الاستبدال .
(٢) كيف يتم الاستبدال .

المبحث الأول

متى يكون الاستبدال

٣٣٠ - الاستبدال بإرادة المدين والاستبدال جبراً على المدين :

القاعدة في الدخل الدائم ، كما قدمنا ، أن يكون قابلاً للاستبدال . وهذه القاعدة معنيان . أولها أن المدين يستطيع أن يطلب الاستبدال ، متى شاء ذلك . والمعنى الثاني أن المدين يستطيع أيضاً أن يستبقى الدخل الدائم في ذمته ، فلا يجبر على الاستبدال ما دام يدفع أقساط الدخل .

على أن المدين قد يجبر على الاستبدال في أحوال معينة ذكرها القانون .

ونرى من ذلك أن الاستبدال قد يكون بإرادة المدين وهذا هو

الأصل ، وقد يكون جبراً على المدين وهذا هو الاستثناء . فإذا لم يرد المدين الاستبدال ، ولم تقم حالة من الأحوال التي يجبر فيها عليه ، بقي الدخل الدائم قائماً إلى غير ميعاد .

المطلب الأول

الاستبدال بإرادة المدين

٣٣١- النصوص القانونية: تنص المادة ٥٤٦ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ١ - يشترط في الدخل الدائم أن يكون قابلاً للاستبدال في أي وقت شاء المدين ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك » .

« ٢ - غير أنه يجوز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام مستحق الدخل حياً ، أو على ألا يحصل قبل انقضاء مدة لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة » .

« ٣ - وفي كل حال لا يجوز استعمال حق الاستبدال إلا بعد إعلان الرغبة في ذلك ، وانقضاء سنة على هذا الإعلان » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذا التقنين كان يجعل للمدين بالدخل حق رد رأس المال في أي وقت أراد ، دون أن يجبر على ذلك إلا في أحوال معينة . ونص التقنين الجديد ينظم استعمال حق الاستبدال ، ويجيز الاتفاق على تأخير استعمال هذا الحق إلى مدى معين (٢) . ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٥١٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٤٥ - وفي التقنين

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وحوار في لجنة المراجعة تحويراً لفظياً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٥٧٤ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣١ - ص ٤٣٢) .

(٢) والعبرة بتاريخ تمام التصرف القانوني الذي رتب الدخل ، ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هي التي تسرى ، وإلا فأحكام التقنين الجديد .

المدينى العراقى م ٦٩٥^(١) . أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فلم ترد فيه
نصوص فى الدخل الدائم .

٣٣٢ - الأصل فى الدخل الدائم أنه يكون قابلاً للاستبدال فى

أى وقت شاء المدين : قدمنا أن المدين يلتزم بوفاء أقساط الدخل الدائم ،
وأن هذه الأقساط تتجدد دائماً . فحتى لا يكون المدين ملتزماً التزاماً أبدياً
- والالتزام الأبدى لا يجوز - أباح القانون له أن يتخلص من التزامه متى
شاء إذا هو رد رأس المال إلى الدائن . فيكون الدخل الدائم إذن فى الأصل
قابلاً للاستبدال فى أى وقت شاء المدين^(٢) . ولكن إذا لم يشأ المدين
الاستبدال ، فإنه لا يجبر عليه إلا فى أحوال معينة سيأتى ذكرها .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدينى السورى م ٥١٤ (مطابق) .

التقنين المدينى الليبى م ٥٤٥ (مطابق) .

التقنين المدينى العراقى م ٦٩٥ : ١ - المدين فى الدخل الدائم حق إيفاء العوض الذى

تأس عليه الدخل ، وذلك بعد مضى خمس عشرة سنة على العقد . ٢ - ويجوز الاتفاق على

ألا يحصل الإيفاء ما دام مستحق الدخل حياً أو لمدة تزيد على خمس عشرة سنة أو تقل عنها .

٣ - ولا يستعمل حق الإيفاء إلا بعد إعلان الرغبة فى ذلك وانقضاء سنة على هذا الإعلان .

(ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن الدخل الدائم فى التقنين العراقى لا يكون

فى الأصل قابلاً للاستبدال إلا بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، إلا إذا اتفق على مدة أقل أو أكثر

أطول حياة الدائن - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٣٦) .

(٢) وحق الدين فى الاستبدال لا يزول بالتقادم لأنه رحصة والرخص لا تزول بالتقادم ،

فلو بقى المدين بالدخل لا يستعمل حق الاستبدال مدة أطول من خمس عشرة سنة لم يزل حقه ،

وجاز له طلب الاستبدال بعد خمس عشرة سنة أو بعد أية مدة أطول من ذلك (بودرى وقاله

٢٣ فقرة ٩٧٨) .

وقابلية الدخل الدائم للاستبدال قاعدة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، لأنها وضعت لتفادى أن يكون المدين ملتزماً التزاماً أبدياً ، وتحريم الالتزام الأبدى قاعدة من النظام العام .

ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط الدائن على المدين ، أو أخذ المدين على نفسه ، ألا يطلب الاستبدال أبداً في أى وقت ، فإن هذا الشرط يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام . ويبقى الدخل الدائم ، بالرغم من هذا الشرط ، قابلاً للاستبدال في أى وقت شاء المدين ^(١) .

٣٣٣ - جواز التقييد من قابلية الدخل الدائم : على أنه إذا كانه

لا يجوز نحو قابلية الدخل للاستبدال على النحو الذى قدمناه ، فإنه يجوز التقييد من هذه القابلية إلى مدى معين ، مراعاة لمصلحة الدائن .

فقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٦ مدنى ، كما رأينا ، « الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام مستحق الدخل حياً ، أو على ألا يحصل قبل انقضاء مدة لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة » .

فيجوز أولاً الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام مستحق الدخل حياً . ويكون هذا شرطاً لمصلحة الدائن صاحب الدخل ، حتى يطمئن إلى مورد يتعيش منه طول حياته . فإذا تم الاتفاق على ذلك ، لم يجز للمدين بالدخل أن يطلب الاستبدال طول حياة الدائن ، بل يجب عليه أن يؤدي له أقساط الدخل ما دام حياً . فإذا مات الدائن ، عاد للمدين حقه في طلب الاستبدال في أى وقت شاء ، دون أن يجبر على ذلك .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٥ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٢٠ - وإذا اشترط الدائن على المدين أنه يجوز الدائن أن يطلب الاستبدال بعد انقضاء مدة معينة ، لم يكن هذا دخلاً دائماً ، بل قرصاً عادياً جعل وقت الرد فيه لا يحل إلا بعد انقضاء مدة معينة « بودرى وثال ٢٣ فقرة ٩٨٨ » .

ويجوز ثانيا الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال قبل انقضاء مدة معينة ،
يطمئن فيها الدائن صاحب الدخل إلى قبض أقساط الدخل طول هذه المدة .
ولكن لا يجوز أن تزيد هذه المدة على خمس عشرة سنة ، فإذا زادت وجب
إنقاصها إلى خمس عشرة سنة^(١) . فإذا تم الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال
قبل انقضاء خمس سنوات ، أو عشر سنوات ، أو خمس عشرة سنة مثلا ،
لم يجوز للمدين بالدخل أن يطلب الاستبدال طول المدة المتفق عليها^(٢) ، حتى
إذا مات الدائن قبل انقضاء هذه المدة ، بل يبقى الدخل غير قابل للاستبدال
بعد موت الدائن وانتقال الدخل إلى ورثته إلى أن تنقضي المدة المتفق عليها .
فإذا انقضت هذه المدة ، عاد للمدين حقه في طلب الاستبدال دون أن يجبر
على ذلك^(٣) .

والظاهر أنه يجوز الاتفاق على الجمع بين الأمرين ، فيشترط ألا يحصل
الاستبدال مدة حياة الدائن صاحب الدخل وقبل أن تنقضي خمس عشرة
سنة . فلا يجوز في هذه الحالة للمدين بالدخل أن يطلب الاستبدال إلا بعد
موت الدائن ولو عاش أكثر من خمس عشرة سنة ، وإلا بعد انقضاء خمس
عشرة سنة ولو مات الدائن قبل هذه المدة . فلا يجوز طلب الاستبدال إذن
إلا بعد انقضاء حياة الدائن أو انقضاء خمس عشرة سنة ، أي المدتين أطول .

٣٣٤ - كيف يستعمل المدين بالفضل هو الاستبدال : فإذا كان
للمدين بالدخل حق طلب الاستبدال ، إما لأنه لم يقيد استعمال هذا الحق

(١) بودرى وفال ٢٣ فقرة ٩٨٠ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٩٣٢

ص ٨٩٢ - الأستاذ محمود بحال الدين زكي فقرة ١٢٠ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٤٣٥ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

ص ٤٣٥ .

بأى قيد فيكون له طلب الاستبدال في أى وقت شاء ، وإما لأنه قيد على النحو الذى قدمناه وانتهى القيد بموت الدائن أو بانقضاء المدة المحددة ، فإن له أن يستعمل هذا الحق دون أن يجبر على استعماله كما سبق القول .

فإذا اختار أن يستعمله ، وجب لاستعماله توافر شرطين^(١) : ١ - أن يعلن رغبته فى الاستبدال إلى الدائن بالدخل . ولم يشترط القانون شكلاً خاصاً لهذا الإعلان ، فيصح أن يكون بإنذار رسمى ، ويصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون شفويّاً ، ولكن عبء الإثبات يقع على المدين فيحسن أن يجعل الإعلان بكتاب مسجل . ٢ - أن تنقضى سنة على وصول الإعلان المتقدم الذكر إلى الدائن ، حتى لا يفاجأ الدائن بالاستبدال فى وقت كان معتمداً فيه على الدخل . فأفسح القانون له الأجل سنة من وقت وصول الإعلان إليه ، فإذا انقضت السنة تم الاستبدال بمقتضى القواعد التى سنبينها فيما بعد . والظاهر أن المدين يستطيع ، بعد إعلان رغبته فى الاستبدال وانقضاء سنة على إعلان هذه الرغبة ، أن ينزل عن حقه فى الاستبدال وأن يستمر فى الوفاء بأقساط الدخل فى مواعيدها . وهذا ما لم يظهر الدائن ، بعد إعلانه بالرغبة فى الاستبدال ، قبوله لهذه الرغبة ، إذ يتم فى هذه الحالة اتفاق بين المدين والدائن على الاستبدال ، فلا يجوز للمدين وحده الرجوع فى هذا الاتفاق إذا لم يقبل الدائن هذا الرجوع . والظاهر أيضاً أن المدين ، إذا كان مقيداً بالألا يطلب الاستبدال مدة معينة ، خمس سنوات مثلاً ، يستطيع أن يعلن الدائن برغبته فى الاستبدال قبل انقضاء هذه المدة حتى يتمكن من الاستبدال بمجرد انقضائها . فيستطيع مثلاً أن يعلن الدائن برغبته فى الاستبدال فى السنة الرابعة ، حتى إذا انقضت خمس السنوات تكون سنة قد انقضت من وقت الإعلان ، فيتمكن المدين من الاستبدال بمجرد انقضاء خمس السنوات .

(١) انظر م ٢/٥٤٦ مدنى .

المطلب الثاني

الاستبدال جبراً على المدين

٣٣٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٤٧ من التقنين المدني على

ما يأتي :

« يجبر المدين على الاستبدال في الأحوال الآتية :

« (أ) إذا لم يدفع الدخل سنتين متواليتين ، رغم إعداره .

« (ب) إذا قصر في تقديم ما وعده الدائن من تأمينات ، أو إذا

انعدمت التأمينات ولم يقدم بديلاً عنها .

« (ج) إذا أفلس أو أعسر^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٧٩ فقرة ٢/٥٨٥^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٣٥ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق

مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن العبارة حرف (ج) في المشروع التمهيدي كانت على الوجه الآتي : « إذا أفلس المدين أو أعسر أو صفيت أمواله تصفية قضائية » ، فحذفت عبارة « أوصفت أمواله تصفية قضائية » في لجنة المراجعة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٥٧٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٣ - ص ٤٣٤) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٧٩ فقرة ٢/٥٨٥ : ومع ذلك يجوز للمقرض أن يستحصل

على حكم برد رأس ماله إذا لم يوف المقرض بما التزم به ، أو إذا امتنع عن أداء التأمينات المشروطة أو أعدمها أو وقع في حالة الإفلاس .

(وأحكام التقنين السابق في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين الجديد ، إلا أن التقنين السابق لا يشترط تأخر المدين في الدفع سنتين متواليتين ، بل كان تأخره في الدفع ولو أقل من ذلك يكون محل تقدير القاضي وفقاً للقواعد المقررة في الفسخ - والعبرة بتاريخ تمام الدخل الدائم ، فإذا كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هي التي تسرى ، وإلا فأحكام التقنين الجديد) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٥١٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي ٦٩٦^(١) . أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني فلم ترد فيه نصوص في الدخل الدائم .

ويخلص من هذا النص أن هناك حالات ثلاثاً يجوز فيها للدائن نفسه أن يطلب الاستبدال ، ولو أن المدين لم يطلب ذلك ، فيكون الاستبدال في هذه الحالات الثلاث بإرادة الدائن وحده وجبراً على المدين .

٣٣٦ - الحالة الأولى - عدم دفع الدخل سنتين متواليتين :

إذا تأخر المدين في دفع أقساط الدخل سنتين متواليتين ، وأعذره الدائن بالدفع فلم يدفع بالرغم من الإعذار ، جاز للدائن أن يطلب فسخ الدخل الدائم ، وأن يجبر المدين على رد رأس المال لإخلاله بالتزامه^(٢) .

ويلاحظ أن فسخ الدخل الدائم هنا مقيد بتأخر المدين عن دفع الأقساط مدة سنتين متواليتين . فلو تأخر مدة أقل من سنتين ، لم يجز للدائن طلب الفسخ ، وإنما يجوز له إجبار المدين على دفع المتأخر

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥١٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٤٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٩٦ (موافق - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٣٧) .

(٢) قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٢١ ص ٢٣٥ (ويذهب إلى أن هذا ليس بفسخ بل هو سقوط للأجل) . على أن الفسخ هنا لا يكون للقاضي في الحكم به سلطة تقديرية ، بل يجب أن يحكم بالفسخ (انظر بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٩٢٢ - وقارن جوسران ٢ فقرة ١٣٥٧) .

على النحو الذى بيناه فيما تقدم^(١) . كذلك لا يكون للدائن طلب الفسخ ، وإنما يكون له إجبار المدين على دفع المتأخر ، إذا تأخر المدين فى دفع الأقساط سنتين غير متواليتين ، أو تأخر مدة أكثر من سنتين ليس فيها سنتان متواليتان . مثال ذلك أن يتأخر المدين فى الدفع سنة ، ثم يدفع السنة التالية ويقبل منه الدائن هذا الدفع ، ثم يتأخر فى الدفع السنة الثالثة . فهنا قد تأخر المدين عن الدفع فى السنة الأولى وفى السنة الثالثة . فلا يستطيع الدائن طلب الفسخ لأن السنتين اللتين تأخر عن الدفع فيهما ليستا متواليتين . فإذا دفع المدين عن السنة الرابعة وقبل منه الدائن هذا الدفع ، وتأخر عن الدفع فى السنة الخامسة ، فيكون قد تأخر فى الدفع ثلاث سنوات - السنة الأولى والسنة الثالثة والسنة الخامسة - فإنه لا يكون مع ذلك قد تأخر فى الدفع سنتين متواليتين ، ومن ثم لا يجوز للدائن طلب الفسخ ، وليس له إلا إجبار المدين على دفع المتأخر .

٣٣٧ - الحالة الثانية - تقديم المدين فى تقديم التأمينات أو انقراض

هذه التأمينات . وإذا وعد المدين بتقديم تأمينات ولم يقدمها ، أو انعدمت التأمينات التى قدمها كلها أو بعضها ولم يقدم بديلاً عما انعدم ، جاز للدائن هنا أيضاً أن يجبر المدين على الاستبدال فيسترد منه رأس المال . وليس هذا عن طريق فسخ الدخل الدائم ، بل عن طريق سقوط الأجل^(٢) . فقد رأينا أن الأجل يسقط إذا لم يقدم المدين ما وعد بتقديمه من التأمينات ، أو إذا

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٢٧ . وليس هذا الحكم من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على أن التأخر سنة عن دفع الأقساط يكتفى للفسخ ، كما يجوز الاتفاق على أن الفسخ لا يكون إلا إذا تأخر المدين عن الدفع ثلاث سنين أو أكثر (بودرى وقال ٢٣ فقرة ٩٩٠) .

(٢) ومن ثم لا يحتاج الدائن إلى طلب حكم بالفسخ ، ولا يجوز منح المدين نظرة الميسرة إذا ما طلب الدائن من القاضى تقرير أن الأجل قد سقط .

أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً^(١) . فيجب إذن تفسير المادة ٥٤٧ (حرف ب) مدني في ضوء ما تقدم^(٢) .

٣٣٨ - الحالة الدائنة - إحصار المدين أو إفلاسه : وإذا شهر إعسار المدين بالدخل أو شهر إفلاسه ، فإن الأجل يسقط أيضاً في هذه الحالة^(٣) ، ومن ثم يجوز للدائن إجبار المدين المعسر أو المفلس على الاستبدال ورد رأس المال .

المبحث الثاني

كيف يتم الاستبدال

٣٣٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٤٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا رتب الدخل مقابل مبلغ من النقود ، تم الاستبدال برد المبلغ بتمامه ، أو برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك » .

(١) انظر م ٢٧٣/٢ و مدني - والوسيط للمؤلف جزء ٣ فقرة ٧٣ - فقرة ٧٤ .
(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وعلى ذلك يجب التفريق بين ما إذا كان انعدام التأمينات أو نقصها يرجع إلى فعل المدين ، فيكون الدائن بالخيار بين الفسخ أو إرجاع التأمينات إلى ما كانت عليه ، وما إذا كان ذلك يرجع لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فيكون الخيار له لا للدائن . ويجب أن تفهم التأمينات أيضاً على أنها تشمل كل تأمين خاص ، ولو أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون أو بحكم من القضاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٦) .

(٢) انظر م ٢٧٣/١ مدني - والوسيط للمؤلف جزء ٣ فقرة ٧٢ .

٢ - وفي الحالات الأخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانوني مساوية للدخل^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه يتفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٥١٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٩٧^(٢) . أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني فلم ترد فيه نصوص في الدخل الدائم .

٣٤٠ - الحالات التي يتم فيها الاستبدال - التمييز بين فرضين :

ويضع النص المتقدم الذكر قواعد يتم على مقتضاها الاستبدال برد رأس المال إلى الدائن . وهذه القواعد تبسرى في جميع الحالات التي يتم فيها الاستبدال ، سواء في ذلك الحالات التي يطلب فيها المدين الاستبدال على النحو الذي قدمناه أو الحالات التي يجبر فيها على الاستبدال وفقاً لما أسلفناه ، أى سواء كان الاستبدال بإرادة المدين أو كان جبراً على المدين :

ويجب في هذا الصدد أن نميز بين فرضين :

١ - إذ ، تب الدخل في مقابل مبلغ من النقود .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق

مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٥٧٦ في المشروع التمهيدى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٤ - ص ٤٣٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥١٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٤٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٩٧ (موافق - انظر الأستاذ حسن الذنون ص ٢٣٨) .

٢ - إذا رتب الدخل في مقابل غير النقود أو بغير مقابل .

٣٤١ - ترتيب الدخل في مقابل مبلغ من النقود : يترتب الدخل في مقابل مبلغ من النقود إذا كان قرصاً وكان ما دفعه الدائن إلى المدين مبلغاً من النقود ، أو إذا كان بيعاً قدر فيه الثمن مقداراً معيناً من النقود ثم حول إلى إيراد دائم .

ففي هذه الأحوال يكون رأس المال مقداراً معيناً من النقود معروفاً منذ ترتيب الدخل . ففي الاستبدال ، يكون هذا المقدار المعين من النقود هو الواجب الرد ، إذ هو رأس المال الواجب رده إلى الدائن وقد تعين منذ البداية .

ويجوز الاتفاق على أن يكون المبلغ الواجب الرد أقل من هذا المقدار ، ويحمل ذلك على أن الدائن قد تبرع للمدين مقدماً بالفرق ، أو أنه عوض عن هذا الفرق بما قبضه من أقساط روعى في تقديرها هذا التعويض ؛ ولكن لا يجوز الاتفاق على أن يكون المبلغ الواجب الرد أكثر من هذا المقدار ، لأن في ذلك شبهة الربا الفاحش^(١) .

٣٤٢ - ترتيب الدخل في مقابل غير النقود أو بغير مقابل :
وقد يترتب الدخل في مقابل غير النقود ، كما إذا ترتب بموجب بيع جعل

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وإذا حق الرد ، سوله لأن المدين اختاره أولاً لأنه أجبر عليه ، فإن كان رأس المال مبلغاً من النقود ، كان هذا المبلغ هو الواجب الرد ، ويجوز الاتفاق على أن يرد مبلغ أقل . أما الاتفاق على مبلغ أكبر ففيه شبهة الربا الفاحش » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٦) .

وتتنق هذه الشبهة لو أنه اشترط رد مبلغ أكبر ، دون أن تكون الزيادة لو أضيفت إلى ما قبضه الدائن من أقساط الدخل تجاوز الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية (انظر في هذا المعنى الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٢٢) .

التمن فيه رأس الدخل الدائم دون تقدير سابق للتمن^(٢) ، وكما إذا ترتب بموجب قرض كان رأس المال فيه أشياء مثلية غير النقود وكان الدخل مبلغاً من النقود . كذلك قد يترتب الدخل بغير مقابل ، كما هي الحال في ترتيب الدخل بهبة أو بوصية .

ففي جميع هذه الأحوال لا يكون رأس المال مقداراً معيناً من النقود معروفاً من قبل ، بل هو إما عين بيعت بدخل دائم ، وإما أشياء مثلية غير النقود أقرضت في مقابل دخل دائم ، وإما لا وجود له أصلاً إذا رتب الدخل الدائم عن طريق التبرع . فعند المشرع إلى طريقة لتقدير رأس المال على الوجه الآتي : يؤخذ مقدار الدخل في السنة أساساً لهذا التقدير ، وبقدر رأس المال بحيث يكون هذا الدخل هو فائدته محسوبة بالسعر القانوني . فإذا كان مقدار الدخل في السنة مائة مثلاً في مسألة مدنية ، قدر رأس المال بحيث تكون المائة هي فائدته محسوبة بسعر $\frac{1}{4}\%$ ، فيكون رأس المال في هذه الحالة ألفين وخمسمائة .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٢٢ .

البَابُ الرَّابِعُ

عقد الصلح

مقدمة

٣٤٣ - التعريف بمفهوم الصلح ومفهومه - نص قانوني :

تنص المادة ٥٤٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقبان به نزاعاً محتملاً ،

وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه » (١) .

(٥) مراجع : أوبري ورو وإسمان الطبعة السادسة جزء ٦ - بودري وقال الطبعة الثالثة

جزء ٢٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه الطبعة الثانية جزء ١١ - بلانيول وريبير وبولانجه

الطبعة الثالثة جزء ٢ - كولان وكايتان ودي لامور انديير طبعة عشرة جزء ٢ - جوسران

طبعة ثانية جزء ٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ transaction جيرو - (Olraud)

في الصلح رسالة من ليون سنة ١٩٠١ - فرويمسكو (Proimesco) في اللفظ في الصلح رسالة

من باريس سنة ١٩٢٣ - بوايه (Boyer) في الصلح رسالة من تولوز سنة ١٩٤٧ - ميرل

(Merle) في النظرية العامة في التصرف الكاشف رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ .

الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة جزء أول - الأستاذ محمد على عرفة سنة ١٩٤٩ -

الأستاذ محمود جمال الدين زكي في العقود المسماة سنة ١٩٥٣ - الأستاذ أكثم أمين الخولي في العقود

المدنية سنة ١٩٥٧ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٣٧ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : « الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً ، أو يتوقبان نزاعاً محتملاً ، وذلك بأن

ينزل كل منهما عن ادعاء له يتصل برابطة قانونية قائمة بينهما » وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٧٧

في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة

من النص ، واستعوض عنها بعبارة يفهم منها أن الصلح يتم بأن ينزل كل من الطرفين على وجه

التقابل عن جزء من ادعاء له ، والتعديل يجعل المعنى أدق ، دون أن يغير من جوهر التعريف

وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ

كما عدلته لجنته تحت رقم ٥٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ٤ ص ٤٣٩ - ص ٤٤١) . =

ويخلص من هذا النص أن للصلح مقومات ثلاثة هي :

١ - نزاع قائم أو محتمل .

٢ - نية حسم النزاع .

٣ - نزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه .

٣٤٤ - نزاع قائم أو محتمل : أول مقومات الصلح هو أن يكون هناك

نزاع بين المتصالحين قائم أو محتمل . فإذا لم يكن هناك نزاع قائم ، أو في القليل نزاع محتمل ، لم يكن العقد صلحاً ، كما إذا نزل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة غير المتنازع فيها حتى يتمكن المستأجر من دفع الباقي ، فهذا إبراء من بعض الدين وليس صلحاً^(١) .

فإذا كان هناك نزاع قائم مطروح على القضاء ، وحسمه الطرفان بالصلح ، كان هذا الصلح قضائياً (judiciaire) . ولكن يشترط ألا يكون

= ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق م ٦٥٣/٥٣٢ : الصلح عقد به يترك كل من المتعاقدين جزءاً من حقوقه على وجه التقابل لقطع النزاع الحاصل أو لمنع وقوعه .

(وتعريف التقنين السابق يتفق مع تعريف التقنين الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية :

التقنين المدني السوري م ٥١٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٤٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٩٨ : الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي .

(ولا ينص التعريف على وجوب التضحية من الجانبين ، ولكنه في مجموعه يتفق مع تعريف

التقنين المصري - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٤٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٣٥ : الصلح عقد يحسم به الفريقان النزاع القائم بينهما أو يمنعان حصوله بالتساهل المتبادل .

(وتعريف التقنين اللبناني يتفق مع تعريف التقنين المصري) .

(١) قارب استئناف مخطوط ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥ - وانظر المذكرة

الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٠ .

قد صدر حكم نهائى فى النزاع ، وإلا انحسم النزاع بالحكم لا بالصلح^(١) .
على أن النزاع المطروح على القضاء يعتبر باقياً ، ومن ثم يكون هناك محل
للصلح ، حتى لو صدر حكم فى النزاع إذا كان هذا الحكم قابلاً للطعن فيه
بالطرق العادية كالمعارضة والاستئناف أو بالطرق غير العادية كالنقض
والتماس إعادة النظر^(٢) . وحتى له صدر حكم نهائى غير قابل للطعن فيه ،
فإنه يجوز أن يجد نزاع بين الطرفين على تنفيذ هذا الحكم أو على تفسيره ،
فهذا النزاع أيضاً يجوز أن يكون محلاً للصلح^(٣) .

وليس من الضرورى أن يكون هناك نزاع قائم مطروح على القضاء ،
بل يكفى أن يكون وقوع النزاع محتملاً بين الطرفين ، فيكون الصلح لتوفى
هذا النزاع ، ويكون فى هذه الحالة صلحاً غير قضائى (extrajudiciaire) .
والمهم أن يكون هناك نزاع جدى ، قائم أو محتمل^(٤) ، ولو كان أحد

(١) استئناف مخطوط ١٧ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٣ . وكانت المادة ٧٥٠ من
المشروع التمهيدى للتقنين المدفى الجديد تنص على أن « يكون الصلح قابلاً للبطلان إذا حسم نزاعاً
سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى ، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم » . فهنا انعدم
النزاع لحسمه بالحكم النهائى ، فلا يقوم الصلح بعد ذلك .

(٢) استئناف وطنى ١٨ يناير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٦٩ - بلانيول وريبير
وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٤ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٤ ص ١٠١٤ - الأستاذ أكرم الخولى
فقرة ٨ - وقارن الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٨٩ - ص ٣٩٠ والأستاذ محمود جمال الدين زكى
ص ١٣ هامش رقم ٥ .

(٤) والفرق بين النزاع القائم والنزاع المحتمل أن الأول يتضمن أمرين : تعارض
المصالح والمطالبة القضائية . أما النزاع المحتمل فيتضمن تعارض المصالح وبمجرد إمكان المطالبة
القضائية التى توافرت شروطها ولكنها لم تقع فعلاً (بوابيه فى الصلح ص ٤٠ - الأستاذ أكرم
الخولى ص ٩ هامش رقم ١) . فإذا لم يوجد نزاع قائم أو محتمل ، لم يكن العقد صلحاً . ومن
ثم لا يعتبر الشرط الجزئى صلحاً ، لأنه شرط اتفق عليه الطرفان لا حصلاً لنزاع قائم أولنزاع
محتمل توافرت فيه شروط الدعوى دون أن ترفع ، بل هو اتفاق على تعيين مقدار التعويض
مقدماً قبل أن تتوافر شروط الدعوى وقبل أن يمكن رفعها (الأستاذ أكرم الخولى فقرة ٥ ص ١٠) .

الطرفين هو الحق دون الآخر وكان حقه واضحاً ، ما دام هو غير متأكد من حقه (١) . فالمعيار إذن هو معيار ذاتي محض ، والعبرة بما يقوم في ذهن كل من الطرفين لا بوضوح الحق في ذاته (٢) .

وقد يكون النزاع في القانون ، كما إذا وقع نزاع بين الطرفين على القيمة القانونية لسند يتمسك به أحدهما ، فيتصالحان لحسم هذا النزاع القانوني . والصالح في هذه الحالة يكون صحيحاً ، حتى لو كان السند في نظر رجل القانون ظاهر الصحة أو ظاهر البطلان ، فالعبرة كما قدمنا بما يقوم في ذهن الطرفين ، حتى لو قام الصلح على غلط في القانون وقع فيه أحد الطرفين فسرى أن الغلط في القانون لا يبطل الصلح (٣) .

وقد يكون النزاع في الواقع لا في القانون ، كما إذا قام نزاع بين المسئول والمضروب هل وقع خطأ من المسئول أو لم يقع ، أو قام نزاع على مدى التعويض بفرض أن المسئول متمر بالخطأ . فيحسم الطرفان بالصلح هذا النزاع ، والعبرة كما قدمنا بما يقوم في ذهن كل منهما مهما كان الواقع في ذاته واضحاً لا مجال فيه للشك .

٣٤٥ - **بعض النزاع** : ويجب أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النزاع بينهما ، إما بإنهائه إذا كان قائماً ، وإما بتوقيه إذا كان محتملاً . فإذا

(١) وقد يكون متأكداً من حقه ، بل ولا يشك في نتيجة التقاضي وأنه سيحصل على حكم لصالحه ، ومع ذلك يقدم على الصلح ، لأنه يريد توقي طول إجراءات التقاضي ، أو يريد أن يتفادى طرح الخصومة أمام القضاء وما قد يستتبع ذلك من علانية وتشهير . ففي هذه الحالة يكون احتمال قيام النزاع ، دون حاجة إلى قيام الشك حتى في نتيجة التقاضي . وسرى أنه يكفي في عنصر التضحية من الجانبين أن أحد الجانبين ينزل عن جزء من ادعائه في نظير أن ينزل الآخر عن التقاضي (انظر ما يلي فقرة ٣٤٦ - الأستاذ أكرم الخولي فقرة ٧) .

(٢) بودري وقال ٢٤ فقرة ١٢٠٢ .

(٣) بودري وقال ٢٤ فقرة ١٢٠٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٤ -

تنازع طرفان على ملكية منقول قابل للتلف ، واتفقا على بيعه تفادياً لتلفه وإيداع الثمن خزانة المحكمة ، على أن تبت المحكمة فيمن منهما هو المالك فيكون الثمن من حقه ، لم يكن الاتفاق على بيع المنقول صلحاً لأنه لم يحسم النزاع الواقع على ملكية المنقول . وقد قضى بأنه لا يعتبر صلحاً تعهد أحد الخصمين للآخر ، أثناء نظر الدعوى ، ببيع العقار محل النزاع بشروط معينة ، لأن هذا التعهد لم يتناول البت في شيء من موضوع النزاع بين الطرفين^(١) . وقضى أيضاً بأنه إذا اتفق الخصمان ، في دعوى فسخ قائمة بينهما ومتعلقة ببيع عين من أحدهما إلى الآخر ، على بيع هذه العين بيعاً معلقاً على شرط صدور الحكم في دعوى الفسخ ، لم يكن هذا الاتفاق صلحاً لأنه لم يحسم النزاع في دعوى الفسخ^(٢) .

ولكن ليس من الضروري أن يحسم الصلح جميع المسائل المتنازع فيها بين الطرفين ، فقد يتناول الصلح بعض هذه المسائل فيحسمها ويترك الباقي للمحكمة تتولى هي البت فيه^(٣) . كذلك يجوز للطرفين أن يتصالحا حسبما للنزاع ، ولكنهما يتفقان على أن يستصدرا من المحكمة حكماً بما تصالحا عليه ، فيوجهان الدعوى على هذا الأساس حتى يصدر من المحكمة الحكم المرغوب فيه (jugement d'expédient) ، فيكون هذا صلحاً بالرغم من صدور الحكم^(٤) .

(١) امتتاف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٨٦ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٩ .

(٢) نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٤٨٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٥ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٩ - رفضت محكمة إيتاى البارود بأنه إذا ظهر أن النص في العقد الممنون بالصلح بالتزام كل من المتداعيين بالتأهب محامين كان بعيداً عن أصل الالتزام المراد إنهاؤه صلحاً مع بقاء هذا الالتزام مقرأ به برته ، وجب الفصل في الدعوى على ألا صلح فيها (٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٩ ص ٧٩٠) .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٥ .

(٤) بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢١٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٥ - وهذا غير أن يتقدم الطرفان بالصلح إلى المحكمة التصديق عليه ، وسيأتى بيان ذلك فيما يلى .

٣٤٦ - نزول كل من المتصالحين من جزء من ادعاء : ويجب في

الصلح أن ينزل كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه^(١). فلو لم ينزل أحدهما عن شيء مما يدعيه ونزل الآخر عن كل ما يدعيه ، لم يكن هذا صلحا ، بل هو محض نزول عن الادعاء . فإقرار الخصم لخصمه بكل ما يدعيه ، أو نزوله عن ادعائه ، لا يكون صلحا . وهذا هو الذي يميز الصلح عن التسليم بحق الخصم (acquiescement) ، ويميزه عن ترك الادعاء (désistement) . ففي التسليم بالحق وفي ترك الادعاء حسم للزاع ، ولكن بتضحية من جانب واحد ، أما الصلح فيجب أن يكون تضحية من الجانبين^(٢) .

وليس من الضروري أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة ، فقد ينزل أحد الطرفين عن جزء كبير من ادعائه ، ولا ينزل الآخر إلا عن الجزء اليسير . ففي التسليم بحق الخصم وفي ترك الدعوى ، إذا قبل الطرف الآخر أن يتحمل في مقابل ذلك بمصروفات الدعوى ، كان هذا صلحا مهما كانت تضحية الطرف الآخر قليلة بالنسبة إلى تضحية الطرف الأول^(٣) . بل قد

(١) انظر في طبيعة هذا النزول المتبادل ، وفي أنه نزول لا حوالة حق متنازع فيه : بوايه في الصلح ص ٣٠٩ - الأستاذ أكرم الخولي فقرة ٧ - وانظر في أن موضوع النزول هو حق الدعوى لا الحق ذاته ولا مجرد الادعاء الأستاذ أكرم الخولي فقرة ٨ .

(٢) استئناف وطني ١٥ يونيو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٩٧ - ١٧ يولييه سنة ١٩١٨ الحقوق ٣٣ ص ٢٥٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٣ .

(٣) فإذا أقر المدعي عليه بمبلغ الدين كله ، ولكنه اتفق مع المدعى على أن يدفع جزءا يعد أجل ، فإمهال الدائن لمديته في دفع جزء من الدين إلى أجل يعد تركا منه لشيء من حقوقه ، ويكون هذا صلحا ، وتكون المحكمة مخطة في رفض التصديق عليه بدعوى أن المدين أقر بالدين كله ، وكان ينبغي أن تصدق عليه حتى يتمكن الخصوم من استرجاع نصف ما دفعوه من الرسوم (مذكرة اللجنة القضائية رقم ٣٢ في ١٤ مايو سنة ١٩١٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ١ ص ٤٩٩ هامش رقم ١) . انظر أيضا : نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة =

يعمد شخص إلى الصلح مع خصمه حتى يتفادى التقاضى بما يمر من إجراءات معقدة وما يجشم من مصروفات باهظة وما يستغرق من وقت طويل ، أو حتى يتفادى علانية الخصومة والتشهير في أمر يؤثر كتمانها ، فينزل عن جزء من ادعائه لهذا الغرض حتى يسلم له الخصم بيباق حقه ، فيحصل عليه في يقين ويسر أو في سكون وتستر (١) .

٣٤٧ - تمييز الصلح عن غيره مما يلتبس به : يلتبس الصلح بالتحكيم في أن كلا منهما يقصد به حسم خصومة دون استصدار حكم قضائي . ولكن التحكيم يختلف عن الصلح اختلافاً بيناً ، ففيه يتفق الطرفان على محكمين يتتون في نزاعهم . فالذى يبت في النزاع في التحكيم (compromis) هم

= أحكام النقض ٥ رقم ٨ ص ٨٥ - أما إذا حصل الدائن على إقرار كامل بحقه دون أن ينزل عن شيء منه أو يبذل أية تضحية ، فهذا إقرار من المدين وليس صلحاً (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٥ ص ١٦٢) .

(٧) ويؤثر بذلك صلحاً يخسر فيه على نفيه يكسبها (Une mauvaise transaction vant mieux qu'un bon procès) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٦ - أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٢) .

وكما يتحقق الصلح لو أن كلا من الطرفين نزل عن جزء من ادعائه ، كذلك يتحقق لو أن أحد الطرفين نزل عن كل ادعائه في مقابل مال آخر خارج عن موضوع النزاع ، كما إذا تنازع شخصان على ملكية دار ثم اصطالحا على أن يأخذ أحدهما الدار في نظير أن يعطى للآخر أرضاً أو مبلغاً من النقود لم يكن داخلاً في النزاع . ويسمى المال الذى أعطى في نظير الصلح بدل الصلح . وإذا كان الصلح كاشفاً بالنسبة إلى الدار الداخلة في النزاع ، فإنه يكون ناقلاً بالنسبة إلى بدل الصلح (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٧٥ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٠ ص ١٦ - ص ١٧) ، على أنه حتى في هذه الصورة يمكن القول بأن كلا من الطرفين نزل عن جزء من ادعائه ، فن خلصت له ملكية الدار نزل عن جزء من ادعائه فيها واشترى هذا الجزء الذى نزل عنه بما دفعه إلى الآخر فخلصت له الدار كاملة ، ومن أخذ النقود نزل عن جزء من ادعائه وباع الجزء الآخر الذى لم ينزل عنه بالنقود التى أخذها (الأستاذ أكرم الحول ص ١٦ هامش رقم ٢) .

المحكمون ، أما في الصلح (transaction) فهم أطراف الخصومة أنفسهم .
والتحكيم لا يقتضى تضحية من الجانبين ، على خلاف الصلح ، إذ المحكمون
كالقضاة يحكمون لمن يرون أن له حقاً بحقه كله^(١) . وإجراءات التحكيم
وقواعده بينها قانون المرافعات .

وقد رأينا أن الصلح يختلف عن التسليم بالحق (acquiescement) وعن
ترك الادعاء (désistement) ، في أن الصلح يقتضى حتماً تضحية من الجانبين ،
أما التسليم بالحق وترك الادعاء فيتضمنان تضحية من جانب واحد هو
الجانب الذى سلم بحق الخصم أو ترك الادعاء . وكذلك يختلف الصلح عن
إجازة العقد القابل للإبطال ، في أن الإجازة تتضمن نزولاً محضاً عن الحق في
إبطال العقد . ولكن إذا كان هناك نزاع بين المتعاقدين في جواز إبطال
البيع مثلاً ، وتصالحا فأجاز المشتري البيع ونزل البائع في مقابل ذلك عن
جزء من الثمن ، فهذا صلح لأنه يتضمن تضحية من الجانبين . وظاهر أن
الصلح يختلف عن الإبراء في أن الإبراء نزول كامل عن الحق من أحد
الجانبين ، أما الصلح فنزول جزئى من كل من الجانبين ، وإن كان كل منهما
يحسم النزاع :

ويختلف الصلح عن توجيه اليمين الحاسمة ، في أن الصلح يتضمن
تضحية من الجانبين ، أما توجيه اليمين الحاسمة فلا يتضمن إلا تضحية من
جانب واحد هو الجانب الذى وجه اليمين ، إذ يكسب الجانب الآخر الذى
يحلف اليمين كل ما يدعيه^(٢) .

(١) ويكون هناك صلح لا تحكيم إذا نزل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه ، وتركاً
تقدير مدى ما يدفعه كل منهما للآخر إلى خبير بعد أن يحدد في الصلح الأسس التى يبنى عليها الخبير
تقديره (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٧ ص ١٠١٦ - أوبرى ورو وإسمان
٦ فقرة ٤٢٠ ص ٢٤٨ - أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ transaction فقرة ٢٥) .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٧ ص ١٠١٧ - أنسيكلوبيدى دالوز

٥ لفظ transaction فقرة ٢٩ .

وقد يستر الصلح هبة أو بيعاً ، إذا كان أحد الطرفين ، تحت ستار الصلح ، إنما نزل عن حقه للآخر دون مقابل ، أو باعه منه بثمن معين (١) ، كذلك قد يستر الصلح قسمة رضائية إذا أفرز المتقاسمون أنصبتهم في المال

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٨ ص ٢٤٣ - جوسران ٢ فقرة ١٤٥٧ .

وقد نصت المادة ٥٣٩/٦٦١ من التقنين المدني السابق على أنه « إذا كان العقد المعلن باسم الصلح يتضمن في نفس الأمر حبة أو بيعاً أو غيرهما ، أيا كانت الألفاظ المستعملة فيه ، فالأصول السالف ذكرها لا تجرى إلا إذا كانت موافقة لنوع العقد المعلن بعنوان الصلح » . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً مقابلاً هو المادة ٧٤٠ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتي : « إذا كان ما يسميه المتعاقدان صلحاً إنما ينطوي ، رغم هذه التسمية ، على هبة أو بيع أو أية علاقة قانونية أخرى ، فإن أحكام العقد الذي يستره الصلح هي التي تسرى على الاتفاق من حيث صحته ومن حيث الآثار التي تترتب عليه » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص : « إذا لم يكن هناك نزول عن ادعاءات متقابلة ، بل نزل أحد الطرفين عن ادعائه ولم ينزل الطرف الآخر عن شيء ، كما إذا اعترف حائز العقار بملكيته لمدعيها وأعطاه مبلغاً من النقود نظير التنازل عن الدعوى ، فلا يكون هذا صلحاً بل بيعاً . فإن تنازل المدعى عن دعواه دون مقابل ، كان هذا هبة . وتطبق أحكام البيع والهبة » . ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة ، اكتفاء بتطبيق قواعد الصورية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٤ - ص ٤٤٥ في الهامش) .

ونصت المادة ٧٠٧ من التقنين المدني العراقي على أنه « إذا كان المدعى به عيناً معينة ، وأقر المدعى عليه بها للمدعى وصالحه عليها بمال معلوم ، صح الصلح وكان حكمه حكم البيع » . ونصت المادة ٧٠٨ من نفس التقنين على أنه « إذا ادعى شخص على آخر عيناً في يده معلومة كانت أو مجهولة ، وادعى عليه الآخر بعين كذلك في يده ، واصطالحا على أن يكون ما في يد كل منهما في مقابلة ما في يد الآخر ، صح الصلح وكان في معنى المفاضة فتجرى عليه أحكامها ولا تتوقف صحته على صحة العلم بالموضوعين » . ونصت المادة ٧٠٩ على أنه « إذا صالح المدعى خصمه على بعض المدعى فيه ، كان هذا أخذاً لبعض حقه وإسقاطاً لباقيه » . ونصت المادة ٧١٠ على أنه « في جميع الأحوال إذا انطوى الصلح على هبة أو بيع أو أى عقد آخر ، فإن أحكام هذا العقد هي التي تسرى على الاتفاق من حيث صحته ومن حيث الآثار التي تترتب عليه » .

ونصت المادة ١٠٥٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه « إذا كان العقد الذي سمي مصالحة ينطوي في الحقيقة على هبة أو بيع أو غير ذلك من العقود خلافاً لما يؤخذ من عبارته ، فإن صحته ومفاعيله تقدر وفقاً للأحكام التي يخضع لها العقد الذي تنطوي عليه المصالحة » .

المشترك بالتراضي ، وحصل كل منهم على ما يعتقد أنه نصيبه كاملاً ، وإن سموا القسمة صلحاً . أما إذا كان هناك نزاع بينهم في مقدار نصيب كل منهم ، فاقسموا المال الشائع بحسب أنصبة تصالحوا عليها وسموا العقد قسمة ، فإن القسمة هنا تستر صلحاً^(٢) .

وفي المثل الأخير الذي تستر القسمة فيه الصلح ، يوجد في الواقع عقدان ، صلح وقسمة ، اختلط أحدهما بالآخر : صلح على مقدار نصيب كل من المتقاسمين وهذا هو عقد الصلح ، وإفراز لنصيب كل منهم وهذا هو عقد القسمة . وقد يختلط الصلح بعقود أخرى ، كما إذا تنازع شخصان على ملكية دار وأرض ، ثم تصالحا على أن يكون لأحدهما الدار وللآخر الأرض ، وفي الوقت ذاته باع أحدهما للآخر ما وقع في نصيبه بموجب الصلح ، فهنا اختلط عقد الصلح بعقد البيع . وفي جميع الأحوال التي يختلط فيها عقد الصلح بعقد آخر ، قد يرتبط العقدان ارتباطاً لا يقبل التجزئة بحيث إذا أبطل أحدهما وجب لإبطال الآخر ، وقد يكونان قابلين للتجزئة فيبطل أحدهما ويبقى الآخر قائماً ، ويرجع في ذلك إلى نية الطرفين مستخلصة من الملابسات والظروف^(٣) .

ويخلص مما قدمناه أن القاضى هو الذى يكيف الاتفاق بأنه صلح أو بأنه عقد آخر ، وفقاً لعناصر الصلح التى قدمناها . ولا يتقيد فى ذلك بتكييف الخصوم ، فقد يسمى الخصوم الصلح باسم عقد آخر أو يسمون عقداً آخر باسم الصلح كما رأينا . وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى وجود عناصر

(١) استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه

١١ فقرة ١٥٦٧ ص ١٠١٦ - ص ١٠١٧ - أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ transaction فقرة ٣٠ - فقرة ٣١ . من ثم لا يجوز الطعن فى القسمة التى تستر صلحاً بالقبض كما يجوز ذلك فى القسمة (أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٦٧ - فقرة ١٦٩) .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٨ .

الصلح من حيث الواقع ، فيقرر ما إذا كان هناك نزاع قائم أو محتمل ، وما إذا كانت نية الطرفين حسم النزاع ، وما إذا كانت هناك توضيحية من الجانبين ، فتتوافر بذلك عناصر الصلح ، ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض . أما وجوب توافر هذه العناصر جميعاً ليكون العقد صلحاً فهذه مسألة قانون لا يستقل بها قاضي الموضوع ، بل تخضع لرقابة محكمة النقض . فإذا لم يستظهر قاضي الموضوع عناصر الصلح على النحو الذي قدمناه ، أو استظهرها ولكنه أخطأ في تكييفها القانوني^(١) ، فإن حكمه يكون قابلاً للنقض^(١) .

٣٤٨ - خصائص عقد الصلح : والصلح عقد من عقود التراضي ، فلا يشترط في تكوينه شكل خاص ، بل يكفي توافق الإيجاب والقبول ليتم الصلح . وسنرى أن الكتابة ضرورية ، ولكن لإثبات الصلح لا لانعقاده . وهو عقد ملزم للجانبين ، إذ يلتزم كل من المتصلحين بالنزول عن جزء من ادعائه في نظير تنازل الآخر عن جزء مقابل . فينحسم النزاع على هذا الوجه ، ويسقط في جانب كل من الطرفين الادعاء الذي نزل عنه ، ويبقى الجزء الذي لم ينزل عنه ملزماً للطرف الآخر .

وهو عقد من عقود المعارضة ، فلا أحد من المتصلحين يتبرع للآخر ، وإنما ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه بمقابل ، هو نزول الآخر عن جزء مما يدعيه . وقد يكون الصلح عقداً محدداً (commutatif) كما هو الغالب ، فإذا قام نزاع بين شخصين على مبلغ من النقود فاتفقا على أن يعطى المدين للدائن مبلغاً أقل على سبيل الصلح ، فهنا قد عرف كل منهما

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٩ - وإذا ظهر أن الصلح يستر عقداً آخر ، فأحكام هذا العقد الآخر هي الواجبة التطبيق (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٥ ص ٥٧) .

مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى فالعقد محدد^(١) . أما إذا تصالح أحد الورثة مع وارث آخر على أن يرتب له إيراداً مدى الحياة في مقابل حصته في الميراث المتنازع فيها ، فالعقد هنا احتمالي^(٢) .

وسرى فيما يلي أن الصلح أيضاً عقد كاشف للحقوق لا منشيء لها ، وأنه عقد غير قابل للتجزئة فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله^(٣) .

٣٤٩ - **التظيم الشريعى لعقد الصلح** : وضع التقنين المدني الجديد عقد الصلح بين العقود الواردة على الملكية ، لا لأنه ينقل الملكية كما هو الأمر في البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض ، إذ الصلح عقد يكشف عن الحقوق لا ينقلها ، بل لأنه يتضمن نزولاً من كل من المتصلحين عن جزء مما يدعيه ، والنزول عن الحق يرد على كيانه بالذات . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « دخل الصلح ضمن العقود التي ترد على الملكية ، لا لأنه ينقلها ، فسيأتى أن الصلح كاشف للحقوق لا ناقل لها ، بل لأنه يتضمن تنازلاً عن بعض ما يدعيه الطرفان من الحقوق ، والتنازل عن الحق يرد على كيانه لا مجرد ما ينتجه من الثمرات »^(٤) .

وجاء التقنين الجديد أقرب إلى المنطق في ترتيب نصوص الصلح من التقنين السابق ، فقسمها إلى أقسام ثلاثة . عرض في الأول منها إلى أركان

(١) بون فقرة ٤٦٢ - جيوار فقرة ٨٢ - أنسكلويدي دالوز ه لفظ transaction

فقرة ٢٢ .

(٢) بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢١٥ .

(٣) انظر في كل ما تقدم بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٠٦ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٧ - قارن الأستاذ أكرم الخولى فقرة ٢

ص ٥ : ويعترض بأن الصلح قد يتضمن تنازلاً عن حق شخصي فلا يكون إذن وارداً على الملكية . ويدفع هذا الاعتراض أن التنازل عن حق شخصي هو تنازل عن كيان الحق ذاته أو عن ملكيته ، كما أن حوالة الحق هي نقل للملكية الحق من دائن قديم إلى دائن جديد .

الصلح ، فذكر الرضاء والأهلية والمحل والسبب ، واستطرد إلى إثبات الصلح . وعرض في القسم الثاني إلى آثار الصلح ، فبين أثره من حيث حسم النزاع ، ومن حيث أنه كاشف لا منثى ، وقرر أن هذه الآثار يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً لا توسع فيه . وعرض في القسم الثالث إلى بطلان الصلح ، فبين أنه لا يجوز 'طعن في الصلح بسبب غلط في القانون ، وأن الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله^(١) . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في فسخ الصلح ، إذا أضيف إلى النص الخاص بالبطلان سوغ على وجه ما أن يكون هناك قسم ثالث لانقضاء الصلح . ولكن هذا النص حذف كما سنرى في لجنة المراجعة ، ومع ذلك بقى القسم الثالث لا يتضمن إلا بطلان الصلح ، وكان الأولى إدماجه في القسم الأول المتعلق بأركان الصلح . وهذا ما سنسير عليه في بحثنا .

٣٥٠ - أهم الفروق بين التقنين الجبريد والتقنين السابق في عقد

الصلح : بينت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(٢) أهم هذه الفروق فيما يأتى :

١ - عرض التقنين الجديد صراحة لإثبات الصلح ، فأوجب أن يكون بالكتابة . وهذا تقنين للقضاء المختلط في هذه المسألة .

٢ - ذكر التقنين الجديد صراحة الأثر الكاشف للصلح ومبدأ عدم التجزئة .

٣ - بيّن التقنين الجديد في وضوح أن الطعن في الصلح بالبطلان بسبب غلط في القانون لا يجوز ، وترك بقية أسباب البطلان للقواعد العامة ؛

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٧ .

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣٨ .

٤ - أغفل التقنين الجديد نصين في التقنين السابق اكتفى فيهما بتطبيق القواعد العامة ، هما المادة ٥٣٦/٦٥٨ وهي تتعلق بالغلط في أرقام الحساب ، والمادة ٥٣٧/٦٤٩ وهي خاصة بانتقال التأمينات لتضمن الوفاء بالصلح^(١).

٣٥١ - **خطة البحث** : ونبحث عقد الصلح في فصلين : الفصل الأول في أركان الصلح ، والفصل الثاني في آثاره .

(١) وأغفل أيضاً نصاً ثالثاً هو المادة ٥٣٩/٦٦١ ، وهي المتعلقة بستر الصلح لمقد آخر ، بة أوبيع أوغير ذلك ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (انظر آنفاً فقرة ٣٤٧ في الهامش) .

الفصل الأول

أركان الصلح

٣٥٢ - أركان الصلح : للصلح ، كما لسائر العقود ، أركان ثلاثة : التراضي والمحل والسبب .

الفرع الأول

التراضي في عقد الصلح

٣٥٣ - شروط الانعقاد وشروط الصحة : نتكلم في شروط الانعقاد في التراضي ، ثم في شروط صحة التراضي .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

٣٥٤ - توافق الإيجاب والقبول كافي في عقد الصلح : قدما أن عقد الصلح من عقود التراضي ، فيكفي لانعقاده توافق الإيجاب والقبول من المتصالحين^(١) .

(١) وإذا عرض شخص الصلح على الضرور فلم يقبله هذا ، لم يكن هذا الشخص مقيداً بمرضه ، وجاز له أن يناقش مبدأ المسؤولية ذاته (استئناف مخطط ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١) . وإذا رفض شخص الصلح المعروض عليه من آخر ، سقط الإيجاب ، ولم يجز التمسك به بعد ذلك (استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٤) . وإذا أظهر للدائن استعداده للزول عن جزء من حقه ولم يستجب المدين لهذا العرض ، جاز للدائن بعد رفض المدين أن يطالب بحقه كله ، ولا يحتاج عليه بما سبق أن عرضه ورفضه المدين (استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٤) . وسكوت أحد الطرفين في مجلس الصلح لا يعتبر =

ولكن الصلح لا يتم عادة إلا بعد مفاوضات طويلة ومساومات وأخذ ورد . فيجب تبين متى تم الاتفاق نهائياً بين الطرفين ، ولا يجوز الوقوف عند أية مرحلة من مراحل التفاوض في الصلح مادام الاتفاق النهائي لم يتم .

وقد يقبل المضرور من التسبب في الضرر عطية على سبيل الإحسان أو على سبيل التخفيف من مصابه ، فلا يكون هذا صلحاً . ذلك أن التسبب في الضرر لم يرد بهذه العطية أن يقر بمبدأ المسؤولية ، ولم يرد المضرور بقبولها أن يصالح على حقه في التعويض . فيبقى الباب مفتوحاً لمساءلة التسبب في الضرر ، ولا يستطيع هذا أن يحتاج بأنه تصالح مع المضرور ، كما لا يستطيع المضرور أن يحتاج بأن التسبب في الضرر قد أقر بمسؤوليته^(١) . وتسرى على انعقاد الصلح بتوافق الإيجاب والقبول القواعد العامة في

= قبولاً، لأن الحقوق لا تسقط بالاستنتاج والاحتمال (محكمة مصر الوطنية ٢ مارس سنة ١٩٢٠ المحاماة ٥ رقم ٣/٢٧٥ ص ٤٢٨) .

والإيجاب بالصلح وحدة لا تتجزأ ، فلا يجوز قبوله جزئياً (استئناف مخطط ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٧ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١١٢) . والقبول يجوز أن يكون ضمياً ، فقبول سند إذني وتظهيره إلى مصرف يتول تحصيل قيمته يتضمن قبول الصلح الذي هو سبب السند الإذني (استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) . ولا يعتبر قبولاً ضمياً للصلح أن يقبل الشخص جزءاً من حقه المستحق الأداء ، ولو ادعى المدعي أنه دفع هذا الجزء على سبيل الصلح ، مادام الدائن لم يظهر أى قبول لهذا الصلح المدعى به (استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٤) . والإيجاب الصادر من الدائن بالصلح لا يقيده مادام المدعي لم يقبله (استئناف مخطط ٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٥ - ٨ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٤ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٩٦) . وإذا فخل مشروع صلح أعده شخص توسط بين الطرفين ، فلا يحتاج كل الطرفين بهذا المشروع (استئناف مخطط ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٣ - مستعجل القاهرة ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٦ رقم ٢٥٠ ص ٦٨٧) .

(١) أنيكلوبيدى دالوز • لفظ transaction فقرة ٤٧ .

نظرية العقد : من ذلك طرق التعبير عن الإرادة ، والوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، وموت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقدته لأهليته ، والتعاقد ما بين الغائبين ، وغير ذلك من الأحكام العامة .

ولا بد من وكالة خاصة فى الصلح^(١) ، فلا يجوز للمحامى أن يصالح على حقوق موكله ما لم يكن الصلح منصوباً عليه فى عقد التوكيل . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ مدنى : « لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء » . على أنه إذا كان هناك توكيل عام فى أعمال الإدارة ، جاز أن يشمل هذا التوكيل الصلح المتعلق بأعمال الإدارة دون غيرها^(٢) .

(١) نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٨ ص ٢١٩ - وقد قضت أيضاً محكمة النقض بأنه لا يشترط فى الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئاً لما ينزل عنه الطرف الآخر . وإذن ففى كان التوكيل الصادر إلى وكيل المظنون عليهما يبيح له إجراء الصلح والنزول عن الدعوى ، وكان الصلح الذى عقده مع الطاعنين فى حدود هذه الوكالة واستوفى شرائطه القانونية ، بأن تضمن نزول كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسباً للنزاع القائم بينهما ، وكان الحكم المظنون فيه إذ لم يمتد بهذا الصلح ، وإذ قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالة ، أقام قضاءً على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكله ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون . ذلك لأن الغبن على فرض ثبوته لا يؤدى إلى اعتبار الوكيل مجاوزاً حدود وكالة ، وإنما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون فى صدد علاقة الوكيل بموكله لا فى علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل فى حدود الوكالة (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ ص ٨٥) . وإذا وكل شخص وكيلين عنه فى الصلح على أن يعملأ معاً ، فانفرد أحدهما بإبرام الصلح ، كان الصلح باطلاً (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٦) .

(٢) ١(بلائيول وريبير وسافانيه ١١ فقرة ١٥٧١ - وتنص المادة ٧٠٣ من التقنين المدنى المراقى على أن « الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح ، فإن صالح عن الدعوى الموكل بالخصومة فيها بلا إذن موكله فلا يصح صلحه » . ولا يجوز لوكيل بالعمولة أن يصالح حل حقوق موكله دون إذن خاص (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٥) .

٣٥٥ - **الصلح القضاى** : يقع هذا الصلح بين الخصوم فى دعوى مرفوعة بينهم أمام القضاء ، وتصدق عليه المحكمة . وقد نصت المادة ١٢٤ من تقنين المرافعات فى هذا الصدد على ما يأتى : « للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة فى أية حال تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه فى محاضر الجلسة ، ويوقع عليه منهم أو من وكلائهم . فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ، ألحق المكتوب بمحضر الجلسة ، وأثبت محتواه فيه . ويكون لمحضر الجلسة فى الحالىن قوة السند التنفيذى واعتباره . وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام » . ولا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح إلا بحضور الخصمين ، لأن القاضى إنما يقوم بمهمة الموثق ، ولا يجوز توثيق عقد إلا بحضور الطرفين . فإذا غاب أحد الطرفين ، امتنع على القاضى التصديق على الصلح ، حتى لو كان الطرف الغائب قد قبل التصديق على الصلح فى غيبته ، ولكن ذلك لا يمنع من اعتبار محضر الصلح الموقع عليه من الطرف الغائب سنداً يصح الحكم بمقتضاه . وإذا حضر الطرفان وعدل أحدهما عن الصلح ، لم يجوز للقاضى التصديق عليه^(١) ، ويعتبر القاضى الصلح الذى عدل عنه أحد الطرفين ورقة من أوراق الدعوى يقدر قيمتها بحسب الظروف^(٢) . ويعتبر هذا

(١) نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧١ ص ١١٣٧ استئناف.

مصر ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٢٣ ص ١٢٢٣ - محكمة مصر الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧ ص ١٢ .

(٢) استئناف مصر ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢١٥ ص ٤٩٥ - ٣٠

أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٨٦ ص ١٤٥ . وقد ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة إلى أن للقاضى أن يرفض التصديق إذا وجد فى الصلح ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة أو ما يضر بمصالح الغير كدائن دخل فى التوزيع ولم يكن طرفاً فى الصلح (١٥ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٥ - وقارن الأستاذ أكرم الخولى ص ٤١ - ص ٤٢) .

الصلح القضائي ، أو الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، بمثابة ورقة رسمية ، أى بمثابة سند واجب التنفيذ لتصديق القاضى عليه . ولكنه لا يعتبر حكماً ، فهو لا يخرج عن كونه عقداً ثم بين الخصمين^(١) . ويجوز لكل منهما الطعن فيه ، ولكن ذلك لا يكون بالطرق المقررة للطعن فى الأحكام ، لأنه لا يعتبر حكماً كما قدمنا ، وإنما يكون طريق الطعن فيه بدعوى أصلية^(٢) . فيجوز لكل من الطرفين أن يطلب فى دعوى أصلية إبطال الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح لنقص فى الأهلية^(٣) ، أو لغلط فى الواقع ، أو لتدليس ، أو لغير ذلك من أسباب البطلان^(٤) . على أنه يجوز أخذ حق اختصاص بموجب هذا الحكم ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل فى خصومة ، لأن مهمته إنما تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق ، وإذن فهذا الاتفاق لا يمدد أن يكون عقداً ليست له حجية الشيء المحكوم فيه ، وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته (نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص ٧٢١) .

(٢) لكن إذا قبل الخصم الحكم الابتدائى صلحاً وتنازل بهذا الصلح عن الحق فى استئنافه ، ثم استأنفه ، وقدم المستأنف عليه إلى محكمة الاستئناف عقد الصلح محتجاً به على خصمه فى قبوله الحكم الابتدائى وتنازله عن الحق فى استئنافه ، وطلب مؤاخذته به ، فلا شك أن من حق هذا الخصم (المستأنف) أن يطعن فى هذا العقد ويدفع حججه عنه ، ومن واجب المحكمة أن تنعرض له وتفصل فى النزاع القائم بشأنه بين الطرفين ، فإن هذا العقد حكمه حكم كل دليل يقدم إلى المحكمة فتقول كلمتها فيه أخذاً به أو اطراحاً له ، ولا يجب عليها وقف الاستئناف حتى يفصل فى الدعوى المقامة بصحة عقد الصلح ونفاذه (نقض مدنى ٥ يونيه سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢١١ ص ٤٥٠) .

(٣) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥١ .

(٤) استئناف مصر ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢١٥ ص ٤٩٥ - عكس

ذلك استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٧ . ويكون الصلح المصدق عليه قابلاً للقسخ كسائر العقود ، ويكون تفسيره طبقاً لقواعد التبعة فى تفسير العقود لا فى تفسير الأحكام (نقض مدنى ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٧٦ - استئناف وطنى ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٥٧ ص ٩١) .

لأنه حكم بالتطبيق للمادة ١٠٨٥ مدني ، بل لأنه قد ورد في شأنه نص خاص يجيز أخذ حق الاختصاص ، وهو المادة ١٠٨٧ مدني وتجري على الوجه الآتي : « يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم . ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع » (١) .

ويجب تمييز الحكم الاتفاق (jugement convenu, jugement d'expédient) عن الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح (jugement d'homologation) السابق بيانه . وصورة الحكم الاتفاق هي أن يعهد الخصمان أثناء نظر الدعوى إلى الاتفاق على حسم النزاع ، فإذا كان المدعى يطالب المدعى عليه مثلاً بخمسمائة ، ثم يتفقان على أن يطالبه بأربعمائة فيسلم له بمدعاه ، فإن المدعى عندئذ يعدل طلباته من خمسمائة إلى أربعمائة ، ويسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ، فلا يسع القاضي في هذه الحالة إلا أن يقضى بهذه الطلبات (٢) . والحكم الصادر بذلك إنما هو في الواقع نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق ، ولذلك سمي بالحكم الاتفاق . ولكن هذا الحكم يختلف في طبيعته عن الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، فإن هذا الحكم الأخير ليس حكماً كما قدمنا بل هو عقد وثقه القاضي في حدود سلطته الولاية ، بينما الحكم الاتفاق هو حكم حقيقي صدر من

(١) انظر في الخلاف الذي كان قائماً في عهد التقنين المدني السابق في جواز الحصول على حق اختصاص الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ٢٢ هامش رقم ٤ - وانظر في كل ما تقدم الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ١ ص ٢٦٥ - الأستاذ محمد علي عرفة ص ٣٧٢ - ص ٣٧٨ . الأستاذ أكثم الخولي ص ٤١ - ص ٤٢ .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أنه لا محل لأن يجارى القاضي الخصوم في هذا السبيل الصوري ، فإذا علم بتمام الصلح بين الطرفين وجب عليه أن يصدق على هذا الصلح بمقتضى سلطته الولاية ، لا أن يصدر حكماً متفقاً عليه (انظر من هذا الرأي : استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م . ص ١٥ - ١٣١ - الأستاذ أكثم الخولي ص ٤٣ هامش ٣ - وانظر من الرأي العكسي : استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٣ - ١٥ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٢٦٥) .

القاضي في حدود سلطته القضائية . ومن ثم يسرى على الحكم الاتفاقي طرق الطعن المقررة في الأحكام فلا يطعن فيه بدعوى مستقلة (١) ، ويخضع في تفسيره للقواعد المقررة في تفسير الأحكام لا في تفسير العقود ، ويجوز أخذ حق اختصاص بمقتضاه بموجب المادة ١٠٨٥ مدني لا بموجب المادة ١٠٨٧ (٢) .

٣٥٦ - إبات عقد الصلح - نص قانوني : تنص المادة ٥٥٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي » (٣) .

(١) استئناف مخطوط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه

١١ فقرة ١٥٨٣ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٣ .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى وجوب الجمع بين المنصرين الشكلي والموضوعي والاعتداد بكل منهما في نطاقه ، فلا يجوز الطعن في الحكم الاتفاقي إلا بطرق الطعن في الأحكام وفي المواعيد المقررة لها ، ولكن الطعن في الموضوع يخضع لأحكام الصلح ولأسباب بطلانه ولا يجوز تعديل هذا الحكم جزئياً لأنه من حيث الموضوع صلح تسري عليه قاعدة عدم التجزئة (الأستاذ أكرم الخولي ص ٤٣ - ص ٤٤) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : « ١ - لا يثبت الصلح إلا بالكتابة ، ٢ - وإذا تضمن الصلح إنشاء حق عيني هل عقار أو نقل هذا الحق أو تعديله أو إنهائه ، وجب تطبيق الأحكام المتعلقة بالتسجيل » . وأقرت لجنة المراجعة النص بعد حذف الفقرة الثانية ، تحت رقم ٥٨٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ لوحظ أن اشتراط الكتابة في إثبات الصلح يومه بوجود صلور الكتابة من الطرفين مع أن الصلح قد يثبت في محضر رسمي أمام القاضي ، فأضيفت إلى النص عبارة « أو بمحضر رسمي » لأن الصلح يقع أحياناً في المحاكم ويثبت فيه محاضرها . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلحته تحت رقم ٥٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٧ - ص ٤٤٨) . ولا مقابل هذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن القضاء المختلط كان قد استقر على اشتراط الكتابة لإثبات الصلح . والمبرة بتاريخ تمام عقد الصلح ، فإن كان هذا التاريخ سابقاً -

ولم يكن التقنين المدنى السابق يشتمل على نص مماثل ، ولكن القضاء المختلط كان قد استقر على وجوب الكتابة لإثبات الصلح لأسباب ترجع إلى أن الصلح يتضمن عادة شروطا واتفاقات معقدة إذ هي ثمرة المساومات الطويلة والأخذ والرد ، فإذا اعتمدنا في إثباتها على شهادة الشهود فإن ذاكرة الشهود قد لا تبقى كل ذلك . هذا إلى أن الصلح قد شرع لحسم النزاع فلا يجوز أن يخلق هو نزاعاً آخر قد ينشأ عن إباحة إثباته بالبينة ، وإلى أن المتصالحين يحرصون عادة على إثبات ما اتفقوا عليه لحسم النزاع في ورقة مكتوبة (١) .

وقد قنن التقنين المدنى الجديد القضاء المختلط في هذا الصدد ، فأوجب أن يكون إثبات الصلح بالكتابة للاعتبارات المتقدمة ، حتى لو كانت قيمة الصلح لا تزيد على عشرة جنيهات .

= على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالكتابة لا تشترط طبقاً لأحكام التقنين المدنى الوطنى السابق ، وإلا فالكتابة واجبة طبقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٢٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٥١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٧١١ (مطابق وأنظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥١) .

تقنين الموجبات والمقود البنائى م ١٠٤١ : عندما تتضمن المصالحة إنشاء حقوق على أموال عقارية أو غيرها من الأموال القابلة للرهن العقارى ، أو التفرغ عن هذه الحقوق أو إجرائه تعديل فيها ، يجب أن تعقد خطاً . ولا يكون لها مفعول إلا إذا سجلت في السجل العقاري (والكتابة في التقنين البنائى مقصورة على الأحوال المشار إليها في النص) .

(١) استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٢٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٨ م

٥٠ ص ٢٦٢ - قارن استئناف وطنى ١٥ يونيو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٩٧ - وأنظر

المذكورة الإيضاحية للشروع التمهلى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٨٧ - وأنظر

الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٧٨ - ص ٣٧٩ - الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٩ -

الأستاذ أكرم الحول فقرة ٢٤ .

والكتابة لا تلزم إلا لإثبات الصلح ، فهي غير ضرورية لانعقاده لأن الصلح كما قدمنا من عقود التراضي . ويترتب على ذلك أنه إذا لم توجد كتابة لإثبات الصلح ، جاز إثباته بالإقرار وباليمين ، ويجوز استجواب الخصم لاحتمال أن يقر الصلح .

كذلك يجوز إثبات الصلح بالبينة وبالقرائن ، ولو زادت قيمته على عشرة جنهات ، إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، أو إذا فقد السند الكتابي الذي كان معداً من قبل لسبب أجنبي (م ٤٠٣ مدني) ..

ويجوز إثبات الصلح كذلك بالبينة وبالقرائن ، ولو زادت قيمته على عشرة جنهات ، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (م ٤٠٢ مدني) . وهذه مسألة كان الفقه الفرنسي يذهب فيها مذهباً آخر^(١) ، فكان لا يجيز الإثبات بالبينة أو بالقرائن ولو مع وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يكفي لتوضيح المسائل التي تناولها الصلح والاتفاقات التي تمت بشأنها ، فالاعتبارات التي استوجبت الإثبات بالكتابة ونبذ البينة والقرائن لا تزال قائمة حتى مع وجود مبدأ ثبوت بالكتابة . ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت في عدة أحكام مطردة بجواز الإثبات بالبينة وبالقرائن إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، وفقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن^(٢) . أما في مصر ، فلا محل للشك في جواز إثبات الصلح ،

(١) توجب المادة ٢٠٤٤/٢ من التقنين المدني الفرنسي الكتابة لإثبات الصلح .

(٢) نقض فرنسي ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٦٤ دالوز ١ - ٦٥ - ١٠٥ - ١٩ أكتوبر

سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦ - ١ - ٤١٦ - ٢ أغسطس سنة ١٩٢٧ جازيت دي باليه ١٩٢٧ - ٢ -

٨٨٣ - ١٣ يونيو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ - ٣٩٣ - ٩ يونيو سنة ١٩٤٧ J. C. P.

١٩٤٧ - ٢ - ٣٩٣١ - انظر في هذه المسألة بودري وقال ٢٤ فقرة ١٢٢٢ - بيدان ١٢

فقرة ٣٥٧ - جوسران ٢ فقرة ١٤٥٣ ويميلون إلى تأييد محكمة النقض الفرنسية - وانظر =

(الوسيط م - ٢٤)

ولو زادت قيمته على عشرة جنهات ، بالبينة وبالقرائن ، إذا وجد مبدأً ثبوت بالكتابة . والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى صريحة فى هذا المعنى إذ تقول : « والكتابة لازمة للإثبات لا للانعقاد ، فيجوز الإثبات باليمين والإقرار ، ولكن لا يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن ، ولو فى صلح لا تزيد قيمته على عشرة جنهات ، إلا إذا وجد مبدأً ثبوت بالكتابة ، أو إذا وجد مانع يحول دون الحصول على الكتابة » (١) .

كذلك يجوز إثبات الصلح بالبينة وبالقرائن ، ولو زادت قيمته على عشرة جنهات ، إذا كان متعلقاً بنزاع تجارى ، فى المسائل التجارية يجوز الإثبات بجميع الطرق أياً كانت القيمة (٢) .

وغنى عن البيان أنه فى الأحوال التى يجب فيها إثبات الصلح بالكتابة ، تكفى ورقة عرفية للإثبات . ومن باب أولى يكفى لإثبات الصلح المحضر الرسمى الذى تدون فيه المحكمة الصلح الواقع بين الخصوم (٣) ، فإن المحضر الرسمى حجة بما جاء فيه إلى أن يطعن فيه بالتزوير (٤) .

= بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٨٥ - إسبان فى أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٠ ص ٢٤٧ وهامش رقم ٨ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٨٠ ص ٨٨٣ ويميلون إلى العكس من ذلك وتأييد الفقه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٧ .

(٢) بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٢٤ - وإذا كان الصلح صورياً يخفى تحته عقداً آخر ، فتقواعد إثبات الصورية هى التى تسرى ، وبخاصة القواعد الخاصة بورقة الضد (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٨٥) . وإذا نفذ المدعى عليه الصلح تنفيذاً جزئياً ، لم يقبل منه فى إثبات الصلح ضده أن يتمسك بانعدام ورقة مكتوبة (الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٧٩) .

(٣) انظر ما جاء فى لجنة مجلس الشيوخ من أنه إذا حصل الصلح أمام القاضى وأثبت فى المحضر ، فالقاضى يدعو الخصوم إلى التوقيع على هذا المحضر ، فيعتبر الصلح هنا ثابتاً بالكتابة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٨) .

(٤) وإلى هذا تشير العبارة الأخيرة من المادة ٥٥٢ مدنى السالف الذكر ، إذ تقول : « أو بمحضر رسمى » . وقد كانت هذه العبارة غير واردة فى المشروع ، فأضيفت فى لجنة =

المبحث الثاني

شروط الصحة

٣٥٧ - الأهلية والخلو من عيوب الرضاء : شروط الصحة في عقد الصلح ، كما في أى عقد آخر ، هى توافر الأهلية في المتصلحين وخلو إرادة كل منهما من العيوب .

المطلب الأول

الأهلية في عقد الصلح

٣٥٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٥٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يشترط فيمن يعقد صلحاً أن يكون أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التى يشملها عقد الصلح » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدنى المختلط السابق المادة ٦٥٥ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى

= مجلس الشيوخ « لأن الصلح يقع أحياناً في المحاكم ويثبت في محاضرها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٨) . والذي يقع عادة هو أن يتقدم الخصوم بالصلح الذى تم بينهم موقفاً عليه منهم ، فتدونه المحكمة في محضر وتصدر حكماً بالتصديق على محضر الصلح .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٣٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٧٨ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٣) .

(٢) التقنين المدنى المختلط السابق م ٦٥٥ : أهلية الصلح في حق من اختلق هي أهلية التصرف في الحق . (وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد) .

م ٥١٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٤٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ٦٩٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٣٦ (١) .

ونرى من ذلك أن الأهلية الواجب توافرها في كل من المتصلحين هي أهلية التصرف بعوض في الحقوق التي تصالحا عليها ، لأن كلا منهما ينزل عن جزء من ادعائه في نظير نزول الآخر عن جزء مقابل ، والنزول بمقابل عن حق مدعى به هو تصرف بعوض .

٣٥٩ - **البالغ الرشيم** : فإذا بلغ الإنسان الرشد ولم يحجر عليه ، كانت له أهلية كاملة في الصلح على جميع الحقوق .

غير أن هناك حالة خاصة لاحظ فيها المشرع حالة من أدرك سن الرشد وتحاسب مع وصيه السابق في شؤون الوصاية ، وصدر منه تعهد أو مخالصة لمصلحة هذا الوصي في خلال سنة من تاريخ تقديم الوصي للحساب . فقد فرض المشرع في هذه الظروف المريبة أن من أدرك سن الرشد في تلهفه على وضع يده على أمواله خضع لتأثير الولى السابق ، وتصلح معه على شؤون الوصاية ، وانتهى إلى إمضاء مخالصة للوصي أو تعهد عليه . فنصت المادة ٥٢ من قانون الولاية على المال على أنه « يكون قابلاً للإبطال

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

. التقنين المدني السوري م ٥١٨ (مطابق) .

. التقنين المدني الليبي م ٥٤٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٩٩ (مطابق وانظر أيضاً المواد من ٧٠٠ إلى ٧٠٢ ، وهي أحكام خاصة بالتقنين المدني العراقي وقد استمدت من الفقه الإسلامى - انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٤٧ - فقرة ٢٤٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٣٦ : يجب على من يعقد الصلح أن يكون أهلاً للتفرغ ، مقابل عوض ، عن الأموال التي تشملها المصالحة .
(وحكم التقنين اللبناني يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان في وصايته وبلغ سن الرشد ، إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إليه في المادة ٤٥ . فالمخالصة التي أمضاها من بلغ سن الرشد ، أو التعهد الذي أخذه على نفسه لمصلحة الوصى ، فرض المشرع أنه صلح تم بين الطرفين ، ولكنه صلح فرضه الوصى على من كان قاصراً مستغلاً للظروف التي هو فيها ، فحصل منه على مخالصة أو ابتز منه تعهداً . فإذا صدرت هذه المخالصة أو هذا التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الوصى للحساب ، اكتملت القرينة التي فرضها القانون ، لأن هذه المدة ليست كافية لتخلص الشخص من تأثير وصيه السابق ، فجعل المشرع هذه المخالصة أو هذا التعهد - وهذا تعامل ينطوي في حقيقته على صلح - قابلاً للإبطال ، فيجوز لمن كان قاصراً أن يطلب إبطال المخالصة أو التعهد^(١) . ولكن الإبطال هنا لا يرجع إلى نقص أهلية من كان قاصراً في عقد الصلح ، فقد بلغ سن الرشد وأصبح أهلاً للتصالح على جميع حقوقه كما هو أهل للتصرف في هذه الحقوق ، وإنما يرجع الإبطال للظروف التي قدمناها ، فقد أقام المشرع قرينة على أن التعامل في هذه الأحوال إنما يتم تحت الضغط والإكراه ، وهي قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس ، فالإبطال يرجع إلى عيب في الإرادة وهو الإكراه المفترض ، لا إلى نقص في الأهلية . على أن دعوى الإبطال هذه ، وإن كانت قائمة على أساس إكراه مفترض ، تعتبر

(١) والنص مقصور على التعهد أو المخالصة التي تصدر من كان قاصراً لمصلحة وصيه السابق وتكون خاصة بأمور الوصاية ، ويمكن القول بأن كل تعهد أو مخالصة تصدر من كان قاصراً لمصلحة وصيه السابق في خلال السنة يفترض فيها أنها متعلقة بأمور الوصاية إلى أن يقيم الوصى السابق الدليل على العكس . ولا يسرى النص على صلح أبرم بين من كان قاصراً وورثة الوصى السابق ، أو صلح أبرم بين الوصى السابق وورثة من كان قاصراً ، إذ المقصود حماية من كان قاصراً لا حماية ورثته ، من استغلال الوصى بالذات ، لا من استغلال ورثة الوصى (الأستاذ محمد علي عرفة ص ٣٨٥) .

من الدعاوى المتعلقة بأمور الوصاية ، فلا تسقط إلا بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية (م ١/٥٣ من قانون الولاية على المال) ، بخلاف دعوى الإبطال للإكراه فلإنها تسقط بثلاث سنوات من يوم انقطاع الإكراه أو بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد (م ١٤٠ مدنى)^(١) .

وما ذكرناه فى خصوص التعهد أو المخالصة التى تصدر ممن كان قاصراً وبلغ سن الرشد لمصلحة وصيه السابق ، يسرى أيضاً على التعهد أو المخالصة التى تصدر ممن كان محجوراً عليه وفك عنه الحجر لمصلحة القيم السابق .

٣٦٠ - الصبي المميز والمحجور عليه : والصبي المميز ليست له فى

الأصل أهلية التصرف فى أمواله ، فلا يملك الصلح على الحقوق . ويجوز لوليه إذا كان هو الأب أن يصلح على حقوقه ، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقاراً أو محلاً تجارياً أو أوراقاً مالية تريد قيمتها على ثلثمائة جنيه (م ٧ من قانون الولاية على المال) ، أو كان مالا موروثاً إذا كان مورث القاصر قد أوصى بالألا يتصرف وليه فى هذا المال فيجب هنا أيضاً الحصول على إذن المحكمة (م ٩ من قانون الولاية على المال) . فإذا كان الولي هو الجد أو كان النائب عن القاصر وصياً ، فإنه لا يجوز له الصلح على حقوق القاصر إلا بإذن المحكمة^(٢) (م ١٥ من قانون الولاية على المال للجد و م ٣٩ من نفس القانون للوصى) ، إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة بالنسبة إلى الوصى وحده^(٣) (م ٣٩ من قانون الولاية على المال) . والمحجور عليه كالصبي المميز ، وولاية القيم

(١) انظر فى هذا المعنى الأستاذ أكرم الخولى فقرة ١٥ ص ٣٠ - وقارن الأستاذ محمد

على مرقه ص ٢٨٤ .

(٢) نفى مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النفى ٣ رقم ١٤٢ ص ٩٦٢ .

(٣) فولاية الوصى هنا أوسع من ولاية الجد .

في الصلح على ماله كولاية الوصي في الصلح على مال القاصر^(١) .

على أن الصبي المميز المأذون له في تسلم أمواله وقد بلغ الثامنة عشرة يجوز له الصلح في حدود أعمال الإدارة التي هو أهل لها^(٢) (م ٥٧ من قانون الولاية على المال) . وكذلك الصبي المميز الذي بلغ السادسة عشرة ، فكانت له أهلية التصرف فيما يكسب من عمله من أجر أو غيره ، له أن يصلح على ما يكون له أهلية التصرف فيه من كسب^(٣) (م ٦٣ من قانون الولاية على المال) . وللصبي المميز ، أيا كانت سنه ، أن يصلح أيضاً على ما يكون له أهلية التصرف فيه فيما يسلم له أو يودع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته (م ٦١ من قانون الولاية على المال) .

٣٦١ - الصبي غير المميز : أما الصبي غير المميز فلا يملك الصلح كما لا يملك التعاقد بتاتاً لا نعدام إرادته . ويجوز للولي أو الوصي أن يصلح على حقوقه في الحدود التي بينها عند الكلام في الصبي المميز^(٤) .

(١) فإذا كان الصلح في حقيقته إبراء للمحجور من جزء من الدين ، كان فاضلاً له نفماً محضاً وجاز للقيم أن يبرمه دون إذن المحكمة . وقد قضت محكمة النقض بأن الاتفاق الذي حصل بمقتضاه القيم على تنازل من جانب الدائن وحده للمحجور عليه المدين من بعض ما عليه من الدين قبل الحجر هو اتفاق فيه نفع محض للمحجور عليه ، إذ هو لم يلتزم فيه بشئ جديد ، بل نقضت به التزاماته السابقة إلى حد كبير ، فهو والحالة هذه لا يقتضي الحصول في شأنه على إذن من المجلس الحسبي (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٦ ص ٥٩٩) .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ١ ص ٢٦٩ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٥ ص ٢٥ - ٢٦ - الأستاذ أكثم الخولي فقرة ١٥ .

(٣) انظر في هذا المعنى الأستاذ أكثم الخولي فقرة ١٥ ص ٢٩ - وانظر عكس ذلك الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٥ ص ٢٥ .

(٤) انظر في كل ذلك الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ١ فقرة ٢٦٩ - الأستاذ محمد عل عرفة ص ٣٧٩ - ص ٣٨٧ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٥ ص ٢٤ - ص ٢٦ - الأستاذ أكثم الخولي فقرة ١٥ - فقرة ١٦ .

أما المحكوم عليه بقوة جنائية (م ٢٥ عقوبات) والتاجر المثلث (٢١٦م تجاري) -

المطلب الثاني

عيوب الرضاء في عقد الصلح

٣٦٢ - وجوب أنه يكون الرضاء خالياً من العيوب : ورضاء كل من المتصلحين يجب أن يكون خالياً من العيوب ، فيجب ألا يكون مشوباً بغلط أو بتدليس أو بإكراه أو باستغلال ، شأن الصلح في ذلك شأن سائر العقود . ونستبقى الغلط لبثته مستقلاً ، لأهميته الخاصة في عقد الصلح .

وإذا شاب الرضاء تدليس ، كان الصلح قابلاً للإبطال لمصلحة من دلس عليه وفقاً للقواعد العامة . فإذا زور شخص مستندات في نزاع قائم بينه وبين آخر ، فاعتقد الآخر صحة هذه المستندات وصالحه على هذا الأساس ، جاز له أن يطلب إبطال هذا الصلح للتدليس^(١) . وإذا ربح سند جائزة وكنم بائع السند عن مشريه هذا الأمر ، وطالبه بالفسخ لعدم دفع الثمن ، ثم صالحه على الفسخ ، فإن هذا الصلح يكون مشوباً بالتدليس^(٢) . وإذا ادعى شخص أنه قد وقع في الحاجة ، فدفع بذلك خصمه إلى قبول الصلح معه ، جاز إبطال الصلح للتدليس^(٣) . وإذا

= والمدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار (م ٢٥٧ مدني) ، والمدين بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية بالنسبة إلى العقارات المينة في التنبيه (م ٦١٦ مرافعات) ، فهؤلاء كما لا يجوز لهم التصرف ، كذلك لا يجوز لهم الصلح . ولكن ذلك لا يرجع إلى نقص في الأهلية ، بل إلى اعتبارات خاصة بكل منهم .

(١) انظر المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ؛

ص ٤٦٠ .

(٢) استئناف مخطط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤ .

(٣) استئناف مخطط ٧ يونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٩٩ - ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦

ص ٥٧ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٩٠ ص ٢٦١ .

دلس التاجر على دائنيه ، فحملهم على الصلح معه حتى لا يشهروا إفلاسه ،
جاز للدائنين الطعن في الصلح بالتدليس^(١) .

وإذا شاب الرضاء إكراه ، جاز أيضاً إبطال الصلح وفقاً للقواعد
المقررة في الإكراه . فإذا هدد شخص آخر بإذاعة سر شائن يحط من
قدره إذا لم يقبل صلحاً عرضه عليه ، فقبل الآخر الصلح تحت ضغط
هذا التهديد ، جاز له أن يطلب إبطال الصلح للإكراه^(٢) .

وقد يشوب الصلح استغلال ، فتتبع القواعد المقررة في الاستغلال .
مثل ذلك أن يستغل شخص في شخص آخر طيشاً بيناً ، فيدفعه إلى قبول
صلح يغبن فيه غبناً فادحاً ، فيجوز في هذه الحالة أن يرفع الطرف المستغل
دعوى الاستغلال يطعن بها في الصلح^(٣) .

٣٦٣ - الغلط في القانون في عقد الصلح - نص فانزوني :

تنص المادة ٥٥٦ من التقنين المدني على ما يأتي : « لا يجوز الطعن في الصلح
بسبب غلط في القانون »^(٤) .

(١) استئناف مخطط ٢٨ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٣٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بإبطال صلح أكره عليه ربان سفينة برفع
دعوى عليه لا أساس لها ، وترتب عليها توقيع الحجز على سفينة ومنعها من مغادرة الميناء
في اليوم السابق مباشرة على اليوم المحدد لرحيلها (نقض فرنسي ١٩ فبراير سنة ١٨٧٩ دالوز
٧٩ - ١ - ٤٤٥ - وانظر الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٥ ص ٢٧) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٤٦٠ -
أما مجرد الفبن دون أن يكون مشوباً باستغلال ، فلا يكون سبباً في إبطال الصلح (استئناف
مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٤٥) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - يجوز الطعن في الصلح بسبب الإكراه أو التدليس . ٢ - ولا يجوز الطعن فيه بسبب الفبن
أو بسبب غلط في القانون ، ولكنه يكون قابلاً للبطلان إذا شاب غلط مائى وقع في شخص =

وهذا النص استثناء صريح من القواعد العامة ، فإن هذه القواعد تقضى بأن الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع يجعل العقد قابلاً للإبطال . وقد نصت المادة ١٢٢ مدنى فى هذا الصدد على أن « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . وقد قضى القانون فعلاً ، فى المادة ٥٥٦ مدنى السالفة الذكر : بغير ما تقضى به القواعد

المتعاقدة الآخر أو فى صفته أو فى الشيء الذى كان محلاً للزاع » . وفى لجنة المراجعة عدل النص ، فأصبح مفصلاً على ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، لأن بقية الأحكام التى حلفت مستفادة من القواعد العامة ، وصار النص رقمه ٥٨٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٨ وص ٤٦١ - ص ٤٦٣) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق م ٦٥٧/٥٣٥ : لا يجوز الطعن فى الصلح إلا بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع فى الشخص أو فى الشيء أو بسبب تزوير السندات التى على موجبها صار الصلح وتبين بعده تزويرها .

(وكان القضاء فى عهد التقنين السابق يفسر هذا النص بأنه يستبعد الغلط فى القانون كسبب لإبطال العقد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٥٤ : لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط القانون . ٢ - ويكون باطلا الصلح الذى تم على أساس وثائق تبين فيما بعد أنها مزورة ، وكذلك الصلح الذى أنصب على خصومة تم الفصل فيها بحكم واجب التنفيذ وجهل ذلك أحد المتعاقدين . (وأحكام التقنين الليبى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل - فيبدو أنه يجوز الطعن فى الصلح لغلط فى القانون كما يجوز الطعن فيه لغلط فى الواقع . ولكن الأستاذ حسن الذنون (فقرة ٢٦٨) يذهب إلى أن الأصل فى التقنين العراقى أنه لا يجوز الطعن فى العقد لغلط فى القانون ، ويدخل الصلح فى هذه القاعدة العامة .

تقنين الموجبات والعتود اللبنانى م ١٠٤٨ : لا يجوز الطعن فى المصالحة بسبب غلط قانونى لم بسبب الغبن . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

العامه ، وبأن الغلط في القانون في عقد الصلح لا يجعل الصلح قابلاً للإبطال^(١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في تعليل هذا الاستثناء ما يأتى : « ويجب التمييز ما بين الغلط في فهم القانون ، وهذا لا يؤثر في الصلح على خلاف القاعدة العامة ، والغلط في الوقائع ، وهذا يؤثر في الصلح سواء وقع في الشخص أو في صفته أو في الشيء محل النزاع أو في الباعث الخ ، لا دام الغلط جوهرياً . والسبب في أن الغلط في فهم القانون لا يؤثر في الصلح ، أن المتصلحين كانا وهما في معرض المناقشة في حقوقهما يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع على هذه الحقوق . بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر ، فلا يسمع من أحد منهما بعد ذلك أنه غلط في فهم القانون »^(٢) .

وهذا التعليل التقليدى الذى يتردد كثيراً في الفقه الفرنسى^(٣) ، ينتقده الفقه الحديث^(٤) ، فلا شيء يبرر الخروج على القواعد العامة في الغلط في الصلح وجعل الغلط في القانون لا يؤثر في صحة العقد^(٥) . والقول

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمتصالح أن يظن في الصلح بطلان في القانون وقع فيه بشأن مقاصة ، ولو كان هذا الغلط هو الدافع له على الصلح (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦١ .

(٣) بون ٢ فقرة ٦٨١ - لوران ٢٨ فقرة ٤٠٥ - جيوار فقرة ١٣٤ - بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٥٧ - بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٣٢٣١ .

(٤) بيدان فقرة ٣٦٥ - ميرل فقرة ١٤٦ - جوسران ٢ فقرة ١٤٥٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٠ .

(٥) وفي الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى قيل إن الغلط في القانون لا يجعل العقد قابلاً للإبطال في الصلح وفي غيره من العقود (فينيه ١٥ ص ١٠٨) ، وهذا خطأ ظاهر فإن الغلط في القانون يجعل في الأصل العقد قابلاً للإبطال كالغلط في الواقع . وهناك تعليقات -

بأن المتصلحين كانا وهما في معرض المناقشة في حقوقهما يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع ، بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر ، لا يمنع من أنهما بالرغم من هذا التثبت يقعان في غلط في القانون . وإذا كان لا بد من تعليل لهذا الحكم ، فالظاهر أن أقرب تعليل هو أن المتصلحين ، ما داموا على بينة من الواقع ولم يقعا في غلط فيه ، إنما يتصلحان على حكم القانون في النزاع الذي بينهما . وسواء علما حكم القانون في هذا النزاع أو لم يعلماه ، فهما قد قبلا حكم النزاع بينهما على الوجه الذي اتفقا عليه مهما كان حكم القانون . فلو أن أحدهما كان في غلط في حكم القانون وتبين غلطه قبل أن يبرم الصلح ، لما منعه تبينه للغلط من أن يمضي في الصلح الذي ارتضاه . هذا هو ما افترضه المشرع ، فجعل الغلط في القانون ليس بالغلط الجوهرى في عقد الصلح ، وليس من شأنه إذا علمه من وقع فيه أن يمنع من التعاقد^(١) .

ويتوسع القضاء الفرنسى في استبعاد الغلط في القانون كسبب لإبطال الصلح . من ذلك أنه إذا اختلط الغلط في القانون بغلط في الواقع ، ومن ثم كان ينبغى أن يكون الغلط في الواقع كافياً وحده لإبطال الصلح ، فإن القضاء الفرنسى يستظهر الغلط في القانون ويجعله يجب الغلط في الواقع

= أخرى في الفقه التقليدى . منها أنه لا يجوز إبطال الصلح لغلط في القانون بموجب حكم في الوقت الذى أريد فيه بالصلح أن يقوم مقام الحكم (لا رومبير م ١١١٠ فقرة ٢٦) . ومنها أنه أريد بالصلح حسم النزاع ، فلو أجزنا إبطاله لغلط في القانون وهو أمر خفى ، لا نفتح الباب واسعاً للنزاع وهو ما أريد بالصلح أن يحسمه . ولكن يرد على هذه التعليقات بأنها لو كانت كافية ، لوجب أن يعلق الباب دون الطعن في الصلح بأى غلط ، في القانون أو في الواقع ، وبأى وجه من وجوه البطلان الأخرى (بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٥٧) .

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢٢ ص ٢٦٤ هامش ١ - ٣ - بوايه في الصلح ص ٧١ - أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٦١ - الأستاذ أكم الخولى فقرة ١١ ص ٢٣ .

إذا كان هذا الغلط غير مغتفر ، ومن ثم لا يبطل الصلح إذ يقف عند الغلط في القانون وحده . فإذا اصطلاح شخصان في شأن سند باطل ، وكانا واقعين في غلط في الواقع وغلط في القانون ، في شأن هذا البطلان ، فإن الصلح مع ذلك لا يبطل للغلط إذا ظهر أنه كان ينبغي أن يدرك المتصالحان بطلان السند^(١) . وإذا غلط أحد المتصالحين في جنسية المتعاقد معه ، فاختلط الغلط في الواقع بالغلط في القانون ، لم يعتد القضاء الفرنسي بالغلط في الواقع ووقف عند الغلط في القانون فلا يبطل الصلح^(٢) . وينتقد بعض الفقهاء هذا التوسع ، ويذهبون إلى أنه لو أن القضاء فسر حكم الغلط في القانون تفسيراً ضيقاً كما ينبغي باعتباره استثناء من القواعد العامة ، ولم يجعله يجب الغلط في الواقع إذا خالطه ، لصعب في العمل أن يوجد غلط في القانون دون أن يخالطه غلط في الواقع ، ولضاق دائرة الاستثناء إلى حد كبير^(٣)

وقد سار القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق على أن الغلط في القانون لا يكون سبباً في إبطال عقد الصلح^(٤) . وأكد التقنين المدني الجديد هذا الحكم بنص صريح (م ٥٥٦ مدني السالفة الذكر) .

(١) نقض فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٨٦٥ دالوز ١٨٦٦ - ١ - ١٨٢ .

(٢) نقض فرنسي ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣ - ١ - ١٧ .

(٣) بلانيول وريبير وصافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٠ - الأستاذ أكرم الخولي فقرة ١٢ - ويذهب بعض الفقهاء ، في سبيل الإمعان من التضييق في هذا الاستثناء ، إلى أن الغلط في القانون إذا كان لا ينصب على ذات النزاع كما تصوره الطرفان ، فلا محل لحرام من وقع فيه من التمسك به لإبطال الصلح . فإذا تنازع الواهب مع الموهوب له في جواز رجوع الواهب في هبته ، وحسم النزاع بالصلح ، ثم تبين أن الهبة باطلة لأنها هبة مكشوفة لم يحكم سترها بعقد آخر ، فالغلط في القانون هنا يكون سبباً في إبطال الصلح لأن هذا الصلح لم يحسم نزاعاً في هذه المسألة (بوايه في الصلح ص ٧٢ - ص ٧٣ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ١٥ ص ٣٠ - ص ٣١ - الأستاذ أكرم الخولي فقرة ١٢ ص ٢٥) .

(٤) انظر م ٦٥٧/٥٣٥ من التقنين المدني السابق في نفس الفقرة في الهامش - استئناف

مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠ .

٣٦٤ - الغلط في الحساب : كانت المادة ٥٣٦ / ٦٥٨ من التقنين

المدنى السابق تنص على أنه « يجب تصحيح الغلط في أرقام الحساب » . ولم يحتفظ التقنين المدنى الجديد بهذا النص اكتفاء بالنص الوارد فى القواعد العامة ، وهو نص المادة ١٢٣ مدنى ويجرى على الوجه الآتى : « لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ، ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » .

فإذا وقع فى الصلح غلط فى الحساب ، وكان هذا الغلط مشتركاً بين المتصلحين^(١) ، كأن اتفق المتصلحان على الأسس التى يقوم عليها الصلح وتطبيقاً لهذه الأسس وضعوا الأرقام المتفق عليها ، ثم جمعت هذه الأرقام فوق خطأ فى الجمع ، فكان المجموع الخاطئ مثلاً مائتين وخمسين بدلاً من مائتين وثلاثين وهو المجموع الصحيح ، لم يجوز لمن وقع فى نصيبه هذا المبلغ أن يحتج بهذا الخطأ وأنه إنما رضى بالصلح على أساس أن نصيبه مائتان وخمسون . بل يجب تصحيح الخطأ ، فىكون نصيبه مائتين وثلاثين ، ولا يبطل الصلح لهذا الخطأ^(٢) .

(١) أما إذا انفرد بالغلط أحد المتصلحين وبني قبوله للصلح على هذا الغلط ، مقدراً مزايا الصلح على أساس حسابه الخاطئ ، كان هذا غلطاً فى الواقع إذا أثبت من يدعيه جاز له أن يطلب إبطال الصلح (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٥) .

(٢) ويشترط أن يكون الغلط المطلوب تصحيحه ظاهراً فى الأرقام الثابتة فى الكشف المعتمدة بالصلح ، أو أن تكون هذه الأرقام قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . ومن ثم فطلب إعادة عمل حساب جديد عن المقاولات موضوع النزاع لا يجوز لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن كل مقولة من هذه المقاولات بعد إتمامها هو عمل متفق عليه فى أصل عقودها . فإذا ما نفذ الاتفاق بعمل المقاس والحساب فعلاً ، ووقع عليه بالاعتماد ، فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه ، وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ رقم ٥ ص ٢٦ - الأستاذ محمد على عرفة ص ٤٢١ - ص ٢٢٢) .

وكالغلط في الحساب غلطات القلم ، فإذا ذكر في عقد الصلح اسم أحد المتصلحين وكان ظاهراً أن المقصود هو المتصالح الآخر وجب تصحيح هذا الخطأ ووضع الاسم الصحيح مكان الاسم الخاطئ ، ولا يبطل الصلح لهذا الغلط (١) .

٣٦٥ - **الغلط في الواقع :** أما الغلط في الواقع في عقد الصلح فيخضع للقواعد العامة ، ويكون سبباً لإبطال الصلح إذا كان جوهرياً أى بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام الصلح ولولم يقع في هذا الغلط ، وكان التعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠ - م ١٢١ مدني) .

فإذا تسبب شخص في إصابة شخص آخر ، وتصلح المضرور مع المسئول أو مع شركة التأمين التي أمنتته ضد الإصابة أو مع شركة التأمين التي أمنت المسئول إذا كان للمضرور دعوى مباشرة ضد هذه الشركة ، فقد يقع المضرور في غلط في جسامة الإصابة وقت الصلح ، فيرضى بمبلغ قليل من المال معتقداً أن الإصابة يسيرة ، ثم يتبين بعد ذلك أن الإصابة من الجسامة بحيث تركت عنده عاهة مستديمة مثلاً ، بل قد تفضي الإصابة إلى موته . ففي مثل هذه الأحوال يجوز للمضرور أو وارثه أن يطلب إبطال الصلح لغلط جوهرى وقع فيه ، وهذا الغلط في محل التعاقد ، فقد تصلح على إصابة ظن أنها يسيرة فإذا بها بلغت من الجسامة حداً كبيراً . ويجب أن تكون هذه الجسامة قد تكشفت عن ضرر يختلف في طبيعته عن الضرر الذي كان موجوداً وقت الصلح كحدوث عاهة مستديمة أو موت المصاب ،

(١) بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٥٤ - أوبرى ورو وإيمان ٦ فقرة ٤٢٢ ص ٢٦٧

وهاش رقم ١٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٥ .

أما مجرد تفاقم الضرر الذى كان موجوداً وقت الصلح فلا يعدو أن ينتج غبناً والغبن لا يؤثر فى الصلح^(١) . وقد عمدت شركات التأمين ، توكفاً لإبطال الصلح ، أن تضع شروطاً تقضى بأن المضرور قد قبل الصلح على المبلغ الذى ارتضاه متنازلاً عن المطالبة بأى مبلغ إضافى عن أى ضرر آخر تتكشف عنه الإصابة فيما بعد . فأذعن القضاء الفرنسى لهذه الشروط ، وقضى بأن المضرور لا يستطيع معها أن يطلب إبطال الصلح للغلط^(٢) . ولكن الفقه ينتقد بحق هذا القضاء ، فتنازل المضرور عن المطالبة بأى تعويض إضافى لا يمنع من أن المضرور قد وقع فى غلط وقت هذا التنازل ، ولا يكفى لافتراض إجازته لنتائج هذا الغلط أن يكون قد تنازل مقدماً عن أى تعويض إضافى فى ورقة مطبوعة قدمتها له شركة التأمين فوقعها دون تدبر ، ولا تصح الإجازة الصادرة ممن وقع فى غلط قبل أن يكشف عن هذا الغلط^(٣) .

(١) استئناف مخطط ٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٧ - أوبرى ورو وإسمان ٦

فقرة ٤٢١ ص ٢٥٤ - بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٨٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠١ .

(٢) نقض فرنسى ٢٣ فبراير سنة ١٨٩١ داللو ١٨٩٢ - ١ - ١٥٠ - ٨ يناير

حسنة ١٩٠٠ داللو ١٩٠٤ - ١ - ٦٠٦ - ٢٨ مايو سنة ١٩٠٦ داللو ١٩٠٩ - ١ - ١٢٤ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٣ - ١ - ٤٠٦ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠١ - وانظر عكس ذلك أنسيكلاويدي

داللو ، ه لفظ transaction فقرة ١٨٣ - الأستاذ أكثم الحولى فقرة ١٤ - وقارن الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص ٥٢ الهامش رقم ٤ - ويلاحظ أن قانون إصابات العمل حدد فئات للتعويض تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . هذا وإذا أنضت الإصابة إلى موت المصاب ، فإن تنازله عن المطالبة بأى تعويض إضافى لا يسرى بداهة على حق زوجته وأولاده وأقاربه فى التعويض عما أصابهم من الضرر بسبب موته ، فإن هذا حقهم الشخصى ولا يمكن أن يتناوله تنازل المضرور (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠١) .

٣٦٦ - **أمرى للفظ في الواقع** : وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على مواد أربع هى تطبيقات للفظ في الواقع ، وقد حذفت كلها فى لجنة المراجعة لأن أحكامها مستفادة من القواعد العامة .

فكانت المادة ٧٤٨ من المشروع التمهيدى تنص على أنه « ١ - يكون الصلح قابلاً للبطلان ، إذا كان قد أبرم تنفيذاً لسند باطل ، وكان المتعاقد يجهل هذا البطلان بسبب غلط مادى . والفظ مفروض لصالح من يدعيه ، إلا إذا ثبت العكس إما من عبارات العقد ذاته أو من إقرار المدعى أو من تكوله عن اليمين . ٢ - أما إذا وقع الصلح صراحة على بطلان السند ذاته ، فإن العقد يكون صحيحاً » . وبمخلص من هذا النص أنه إذا تصالح شخص مع آخر على أساس سند باطل يتمسك به هذا الأخير - وصية على عنها الموصى مثلاً أو حق اختراع انقضت مدته فوقع فى الملك العام - فإن المفروض أن الشخص الأول كان يجهل بطلان السند ، ولو علمه لما أقدم على الصلح . فهو قد وقع فى غلط جوهري ، إما فى الشيء وإما فى الباعث ، ومن ثم يجوز إبطال الصلح للفظ^(١) . ولا يكلف بإثبات غلطه ، لأن إقدامه على إبرام صلح أساسه سند باطل قرينة على أنه لا يعلم بالبطلان . ولا يستطيع الطرف الآخر أن يثبت علم الطرف الأول بالبطلان ليدفع مطالبته إياه بإبطال الصلح ، إلا بإقرار صادر من الطرف الأول أو بيمين وجهت إليه فنكل أو بدليل داخلى من عبارات عقد الصلح ذاته . أما إذا كان بطلان السند هو ذاته محل الصلح ، بأن كان أحد الطرفين

(١) لكن لو كان اعتقاده بصحة السند راجعاً إلى غلط فى القانون ، فلا يمتد هذا الغلط ولا يجوز له طلب إبطال الصلح (بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٤٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٢ - جوسران ٢ فقرة ١٤٥٦ . قارن كولان وكابتان ٢ فقرة ١٢٨٣ .

يتمسك بصحة السند والآخر يتمسك ببطلانه ، فتصالحا ، فإن الصلح يكون صحيحاً^(١) . وما قدمناه - فيما عدا حصر أدلة الإثبات - مستفاد من القواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة إلى النص المحذوف^(٢) .

وكانت المادة ٧٤٩ من المشروع التمهيدى تنص على أن « يكون الصلح قابلاً للبطالان إذا بني على أوراق ثبت بعد ذلك أنها مزورة »^(٣) . ذلك أن من قبل الصلح بناء على أوراق كان يعتقد وقت الصلح أنها صحيحة ، ثم تبين بعد ذلك أنها مزورة ، يكون قد وقع في غلط جوهري في الشيء أو في الباعث كما في الحالة السابقة ، ومن ثم يجوز له إبطال الصلح للغلط^(٤) . بل يجوز له أن يطلب إبطال الصلح للتدليس إذا ثبت أن المتعاقد الآخر هو الذى زور هذه الأوراق أو اشترك في تزويرها أو كان عالماً بهذا التزوير

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩ في الهامش - بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٤٧ - فقرة ١٢٤٨ مكررة . بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٢ .

(٢) استئناف وطنى ١٢ يونيو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ ص ٦٣ - أسيوط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ الحاماة ١١ ص ٩٦٨ . استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٥ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٦ .

(٣) وجاء في المادة ٧١٨ عراقى : « يكون الصلح موقوفاً : (٦) إذا بني على أوراق ثبت بعد ذلك أنها مزورة ... » .

(٤) وإذا تصالح شخصان على وصية وكان النزاع الذى حسماه بالصلح هو إبطال الوصية لأنها ابتزت من الموصى عن طريق الاستغلال ، فالصلح يكون مع ذلك قابلاً للإبطال إذا تبين بعد الصلح أن الوصية ذاتها مزورة (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٣) . ولكن إذا تصالح شخصان على ورقة ادعى أحدهما تزويرها ، وكان الصلح واقعاً على هذا التزوير ذاته ، فلا يجوز بعد ذلك الطعن في الصلح بدعوى ظهور أدلة جديدة على التزوير (استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٦) .

وأخفاه عن المتعاقد الآخر^(١) . وما قدمناه مستفاد أيضاً من القواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة إلى النص المحذوف^(٢) .

وكانت المادة ٧٥٠ من المشروع التمهيدى تنص على أن « يكون الصلح قابلاً للبطلان إذا حسم نزاعاً سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى ، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم »^(٣) . ذلك أن الصلح إنما جعل لحسم النزاع ، والنزاع سبق حسمه بالحكم النهائى الذى صدر فيه^(٤) ، فوقع الطرف الذى يجهل ذلك فى غلط جوهرى فى الباعث ، ومن ثم جاز له أن يطلب إبطال الصلح للغلط^(٥) . والأدق أن يقال فى هذا الصدد إن الصلح باطل ، وليس قابلاً للإبطال فحسب ، لأن أحد مقومات الصلح وهو النزاع قد انعدم ، فلا يكون الصلح قائماً^(٦) . وما قدمناه هنا أيضاً مستفاد من القواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة إلى النص المحذوف^(٧) .

وكانت المادة ٧٥١ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى :

« ١ - إذا تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين بوجه عام ،

-
- (١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦٠ - ص ٤٦١ فى الهامش -- بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٤٩ - فقرة ١٢٥٠ - بلانبول وريبير وسافاليتيه ١١ فقرة ١٦٠٣ .
- (٢) استئناف وطنى ١٢ يونيو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسية ٢٠ ص ٦٣ (وهو الحكم السابق لاشارة إليه) - استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٦ .
- (٣) وجاء فى المادة ٧١٨ عراقى : « يكون الصلح موقوفاً . . (ب) إذا حسم نزاعاً سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى ، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم » .
- (٤) ويعتبر الحكم نهائياً حتى لو كان قابلاً للطعن فيه بطريق غير اعتيادى كالنقض والتماس إعادة النظر (بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٥١ ص ٦٦٩) .
- (٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦١ فى الهامش .
- (٦) انظر فى هذا المعنى بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٥١ - بلانبول وريبير وسافاليتيه ١١ فقرة ١٦٠١ ص ١٠٥٢ - وانظر آنفاً فقرة ٣٤٤ فى الهامش .
- (٧) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٣ - ١٠ يناير ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٠١ .

ثم ظهرت بعد ذلك أوراق لم تكن معروفة وقت الصلح ، فلا يكون ذلك سبباً في بطلان العقد ، ما لم تكن هذه الأوراق قد أخفيت وكان ذلك بفعل أحد المتعاقدين . ٢ - أما إذا لم يتناول الصلح إلا نزاعاً معيناً ، وظهرت بعد ذلك أوراق تثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن له حق ما فيما يدعيه ، فإن الصلح يكون باطلاً^(١) . فني الفرض الأول ، حيث تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين ، قصد بالصلح تسوية الموقف بوجه عام ، فلا يكون ظهور أوراق لم تكن معروفة وقت الصلح بذى بال ، لأن الصلح إنما قصد به حسم جميع المنازعات المتعلقة بما ظهر من أوراق وما لم يظهر . ولكن إذا كانت

(١) وجاء في المادة ٧١٩ عراقى : « ١ - إذا تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين بوجه عام ، ثم ظهرت بعد ذلك مستندات كتابية لم تكن معروفة وقت الصلح تثبت أن أحد الطرفين كان غير محق فيما يدعيه ، فلا يكون العقد موقوفاً إلا إذا كانت هذه المستندات قد أخفيت بفعل أحد المتعاقدين . ٢ - أما إذا لم يتناول الصلح إلا نزاعاً معيناً ، وظهرت بعد ذلك مستندات كتابية تثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن له حق فيما يدعيه ، فإن الصلح يكون موقوفاً . ٣ - وإذا مر على ظهور السندات المنوّه بها في الفقرتين المتقدمتين ثلاثة أشهر ولم يعترض ذو الشأن من المتعاقدين على الصلح الواقع ، كان الصلح نافذاً » (انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٧٠) .

وجاء في المادة ١٠٤٧ لبناني : « يمكن الطعن في عقد المصالحة : أولاً - لوقوع الإكراه أو الخداع . ثانياً - لحدوث غلط مادي يقع على شخص الفريق الآخر أو على صفته أو على الشيء الذى كان موضوعاً للنزاع . ثالثاً - لفقدان السبب عندما تكون المصالحة واقعة : ١ - على سند مزور . ٢ - أو على سبب غير موجود . ٣ - أو على قضية انتهت بصلح صحيح أو بحكم غير قابل للاستئناف ولا لإعادة المحاكمة ، وكان أحد الفريقين أو كلاهما غير عالم بوجوده - ولا يجوز طلب الإبطال من أجل الأسباب المتقدم بيانها إلا للفريق الذى كان حسن النية » . وجاء في المادة ١٠٤٩ لبناني : « عندما تعقد المصالحة بوجه عام على جميع الأمور التى كانت قائمة بين المتعاقدين ، لا يكون اكتشاف الأسناد التى كانوا يجهلون وقت العقد ثم وقفوا عليها بعده ، سبباً لإبطال العقد ما لم يكن هناك خداع من الفريق الآخر . ولا تطبق هذه القاعدة على المصالحة التى عقدها وكيل فاقد الأهلية وكان الدافع إليها فقدان سند وجد فيما بعد » .

الأوراق التي ظهرت فيما بعد قد أخفيت بفعل أحد المتعاقدين ، كان هذا تدليساً منه ، وجاز للمتعاقد الآخر أن يطلب إبطال الصلح للتدليس لا للغلط . وفي الفرض الثاني ، حيث تناول الصلح نزاعاً معيناً بالذات ، فإن المقصود من الصلح ليس تسوية الموقف بوجه عام بين الطرفين ، بل حسم هذا النزاع . فإذا ظهرت بعد الصلح أوراق تثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن له حق ما فيما يدعيه ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذه الأوراق ، فإنه يكون قد وقع في غلط جوهري في الشيء أو في الباعث ، شأنه في ذلك شأن من قبل الصلح بناء على أوراق مزورة ، ومن ثم يجوز له إبطال الصلح للغلط . فإذا كان المتعاقد الآخر هو الذي أخفى هذه الأوراق أو اشترك في إخفائها ، جاز طلب إبطال الصلح للتدليس^(١) . وما قدمناه مستفاد أيضاً من القواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة إلى النص المحنوف^(٢) .

٣٦٧ - حرم تمزيق الصلح عند بطلونه - نص قانوني : وتنص

المادة ٥٥٧ من التقنين المدني على ما يأتي : ١ - الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله . ٢ - على أن هذا الحكم لا يسرى إذا تبين من عبارات العقد ، أو من الظروف ، أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض^(٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦٢ في الهامش - بودرى وقال ٢٤ فقرة

١٢٥٢ - ١٢٥٣ - فقرة ١٢٥٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٤ .

(٢) استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ١٨٣ - أسبوط الكلية ٤

مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ٢٢٦ - استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٥٢ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٨٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية

٤ ص ٤٦٣ - ص ٤٦٥) .

وعدم تجزئة الصلح عند بطلانه ليس مقصوراً على البطلان بسبب الغلط ، بل هو يشمل جميع وجوه البطلان . فقد يكون الصلح قابلاً للإبطال لنقص الأهلية أو للتدليس أو للإكراه أو للاستغلال ، وقد يكون الصلح باطلاً لعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب . فأياً كان سبب الإبطال أو البطلان فإن الصلح إذا أبطل أو قضى ببطلانه^(١) ، وكان يشتمل على أكثر من أمر واحد ، فالأصل أن بطلان جزء منه يقتضى بطلان جميع الأجزاء^(٢) . ولكن هذه القاعدة ليست من النظام العام ،

= ولا مقابل النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٢٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٥٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٧٢٠ (مطابق) - وانظر الأستاذ حسن الدنون فقرة ٢٧١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٥٠ : الصلح غير قابل للتجزئة ، فبطلان جزء منه أو إبطاله يؤدي إلى بطلان العقد أو إبطاله كله . على أن هذه القاعدة لا محل لها : أولاً - عند ما يستفاد من عبارة العقد وماهية الاتفاق أن المتعاقدين يعتبرون بنود العقد بمثابة أقسام مستقلة ومنفصلة بعضها عن بعض . ثانياً - عندما يكون البطلان ناتجاً عن عدم أهلية أحد المتعاقدين ، ففي هذه الحالة الأخيرة لا يستفيد من البطلان إلا فاقد الأهلية الذي وضع البطلان لمصلحته ، ما لم يكن هناك نص صريح مخالف . (وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) ويجوز طلب بطلان الصلح بدعوى مستقلة . كما يجوز أن يكون ذلك بطريق الدفع ، بأن يحدد من يتمسك ببطلان الصلح النزاع ويرفع به دعوى ، فيرد الطرف الآخر على هذه الدعوى متمسكاً بالصلح ، فيدفع الطرف الأول ببطلان هذا الصلح . ويجوز أيضاً أن يتصالح شحسان في الدعوى القائمة بينهما ، فيتدخل شخص ثالث في الدعوى متمسكاً ببطلان هذا الصلح لإضراره بحقوقه (انظر بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٨ - الأستاذ محمد علي عرفة ص ٤٢٥) .

(٢) وهذا بخلاف الحكم فإنه يتجزأ ، فيجوز مثلاً عند استثناءه أن تؤيد محكمة الاستئناف جزءاً منه وتلغى جزءاً آخر . ونقول المادة ١٠٥١ لبناني : « إن البطلان أو الحل يرجعان للمتعاقدين إلى الحالة القانونية نفسها التي كانوا عليها وقت العقد ، ويعملان لكل من المتعاقدين سبيلاً إلى استرداد ما أعطاه لتنفيذ المصالحة مع استثناء الحقوق التي اكتسبها شخص ثالث حسن النية =

فيجوز أن تنجّه نية المتعاقدين ، صراحة أو ضمناً ، إلى اعتبار أجزاء الصلح بعضها مستقلاً عن بعض ، فإذا بطل جزء منه ، بقيت الأجزاء الأخرى قائمة لأنها مستقلة عن الجزء الباطل ، وبذلك يتجزأ الصلح طبقاً لإرادة المتعاقدين (١) .

فإذا تصالح شخص على أرض ومنزل ، ثم ظهر بعد ذلك أن هناك سندات مزورة تتعلق بالأرض هي التي دفعت المتصالح إلى الصلح عليها ، بطل الصلح في الأرض والمنزل معاً ، إلا إذا تبين من عبارات الصلح أو من الظروف أن المتعاقدين قد توافقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض ، وأن الصلح قد تم على الأرض وعلى المنزل على أساس استقلال كل منهما عن الآخر (٢) .

وإذا تم الصلح بين عدة أطراف بينهم قاصر ، وطلب القاصر إبطال الصلح لنقص الأهلية فأبطل ، فإن الصلح يبطل أيضاً بالنسبة إلى من بلغوا سن الرشد (٣) ، ما لم يكن هؤلاء قد قصدوا أن يكون الصلح بالنسبة

= بوجه قانوني ومقابل عوض . وإذا أصبح استعمال الحق المتنازل عنه غير ممكن ، تسترد قيمة هذا الحق .

(١) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٥ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٢ - بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٨٠ - فقرة ١٢٨١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٧ - الأستاذ محمد علي عرفة ص ٤٢٢ - ص ٤٢٥ - الأستاذ محمود جبال الدين زكي فقرة ١٨ - الأستاذ لكرم النحوي فقرة ٢٣ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦٥ .

(٣) ولكن ناقص الأهلية وحده هو الذى يجوز له أن يتمسك بالبطان ، فإذا لم يتمسك به بقى الصلح قائماً بالنسبة إلى الجميع . أما إذا تمسك به فأبطل بالنسبة إليه ، فإنه يبطل أيضاً بالنسبة إلى الباقى (بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٨٢ - الأستاذ محمد علي عرفة ص ٤٢٢) . ويكون هذا استثناء من قاعدة قصر حجية الأحكام على من كان طرفاً فيها ، لأن هذه هي النتيجة

إليهم مستقلاً عنه بالنسبة إلى القاصر ، فيسقط الصلح بالنسبة إلى القاصر ويبقى قائماً بالنسبة إليهم . فإذا أصيب ثلاثة في حادثة واحدة ، وكان أحدهم قاصراً ، وتصلح الثلاثة مع المسئول على مبلغ معين يتقاسمونه بالتساوى ، ثم طلب القاصر إبطال الصلح ، أبطل بالنسبة إليه وحده ، وبقي قائماً بالنسبة إلى الاثنين الآخرين ، لأن الظروف يستخلص منها أن صلح هذين الاثنين ليس مرتبطاً بصلح القاصر (١) .

= الطبيعية لعدم التجزئة (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٠٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ ص ١٠٥١ هامش رقم ١ - عكس ذلك بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٨٢) . ويجوز أن يكون الصلح على منازعات متعددة وبمقدور مستقلة وحدة مناسكة فيحكم بطلانها جميعاً إذا أبطل أحدها (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٠٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٧ ص ١٠٥١ - الأستاذ محمد علي عرفة ص ٤٢٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بتجزئة الصلح المقودين جانب متعدد الأطراف فيهم قصر وبين شخص آخر في دعوى تزوير عقد موضوعه ملكية قطعة أرض مملوكة للجانب الأول على الشيوع ، ولم يحجز المجلس الحسبي الصلح بالنسبة إلى القصر . فأبقت محكمة النقض الصلح قائماً بالنسبة إلى غير القصر « لأن الصلح صحيح بالنسبة إليهم من جهة ، ومن جهة أخرى فإن التجزئة في الحقوق المالية أمر جائز ولا يحول حائل دون حصوله ، إذ من الجائز في عقد واحد مطعون فيه بالتزوير أن يتصلح بعض ذوي الشأن فيه ويظل الباقي متمسكين بمطعنهم عليه ، ثم يقضى ببطلانه . رمثل هذا القضاء غير مؤثر في الصلح الذي تم ، والقول بنير ذلك يتعارض مع القاعدة التي تقصر حجية الأحكام على من كان طرفاً فيها » (نقض مدني ٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٤) . والظاهر من ظروف القضية أنه انتصح من ثمة الطرف الأول أنه يحجز الصلح ، فإذا أبطل بالنسبة إلى القصر بقى قائماً بالنسبة إلى غير القصر (انظر عكس ذلك الأستاذ محمد علي عرفة ص ٤٢٣ - ص ٤٢٤ وهو ينتقد حكم محكمة النقض ويذهب إلى عدم جواز تجزئة الصلح في هذه القضية ، وانظر أيضاً الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ٣٨ هامش رقم ٢) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الصلح شاملاً لجملة منازعات ، وكان باطلاً بالنسبة إلى إحداها (قصة مع قاصر) ، فهذا لا يؤثر في صحته بالنسبة إلى باقي المنازعات مادام لم ينص في الصلح على تعليق نفاذه على نفاذ القسمة (١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣٦ ص ١٨٣) .

وإذا تم الصلح بين الجاني والمجنى عليه على مبلغ معين من المال يعطيه الأول للثاني في مقابل أن ينزل المجنى عليه عن الدعوى الجنائية والدعوى المدنية ، وكان المقصود من الصلح ربط الدعويين إحداها بالأخرى والنزول عنهما معاً ، كان الصلح باطلاً فيما يتعلق بالدعوى الجنائية لمخالفته للنظام العام ، ويسقط أيضاً فيما يتعلق بالدعوى المدنية لارتباط هذا الجزء بالجزء الأول . أما إذا تبين أن قصد الطرفين لم يكن ربط الدعويين إحداها بالأخرى ، وأن جزءاً معيناً من المال خصص للنزول عن الدعوى المدنية مستقلة عن الدعوى الجنائية ، بطل الصلح فيما يتعلق بالدعوى الجنائية ، وبقي قائماً فيما يتعلق بالدعوى المدنية (١) .

= وانظر أيضاً : نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٣٨٢ (صلح فيه بلغ وقصر ، وصدق المجلس الحسبي ولم تظعن وزارة العدل بالاستئناف ، ولكنها اعترضت وسلم المتصالح الآخر بعدم سريان الصلح على القصر ، فيتجزأ الصلح : يبطل في حق القصر ويبقى قائماً في حق البالغ) .

(١) انظر في عدم تجزئة الصلح في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مخطط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٥٧ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٢ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢ - ٨ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٩ - وقارن استئناف مخطط ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١١٢ - الإسكندرية الوطنية ١٤ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ ص ٧٦٢ (اصطلح شخصان على أن أحدهما ينزل عن جزء من الدين ويقسط الباقي على خمس سنوات في نظير أن الآخر لا يبيع غلاله ببورصة الإسكندرية إلا برسطة الأول ، فقضت المحكمة بطلان التزام الآخر لمخالفته لحرية التجارة ، ومع ذلك أبقّت الصلح في باقيه ، مع أن عدم التجزئة هنا ظاهر : انظر الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص ٣٨ هامش رقم ٢) .

الفرع الثاني

المحل والسبب في عقد الصلح

المبحث الأول

المحل في عقد الصلح

٣٦٨ - ومبوب نوافر الشروط العامة في المحل - نص قانوني :

الصلح كما قدمنا هو حسم نزاع عن طريق التضحية من الجانبين كل بجزء من ادعائه . فيكون محل الصلح إذن هو هذا الحق المتنازع فيه ، ونزول كل من الطرفين عن جزء مما يدعيه في هذا الحق . وقد يختص ، بموجب الصلح ، أحد الطرفين بكل الحق في مقابل مال يؤديه للطرف الآخر ، ويكون هذا المال هو بدل الصلح^(١) ، فيدخل بدل الصلح ليكون هو أيضاً محل الصلح .

وأيا كان محل الصلح ، فإنه يجب أن تتوافر فيه الشروط التي يجب توافرها في المحل بوجه عام . فيجب أن يكون موجوداً ، ممكناً ، معيناً أو قابلاً للتعيين^(٢) . ويجب بوجه خاص أن يكون مشروعاً ، فلا يجوز أن يكون مخالفاً للنظام العام . وتنص المادة ٥٥١ من التقنين المدني في هذا الصدد على ما يأتي : « لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٦ في الهامش .

(٢) ويصح الصلح على الحقوق المستقبلية إلا في التركات المستقبلية ، وعلى الحقوق المطلقة على شرط وعلى الحقوق الاحتمالية (لوران ٢٨ فقرة ٣٥٣ - جيوار فقرة ٦٢ - بودري وفال ٢٤ فقرة ١٢٧٧ - الأستاذ محمد على عرفة ص ٢٩٠) . ويجب أن يكون محل الصلح ممكناً ، فإذا تصالح شركاء على أن يقتسروا الأعيان الشائعة بينهم دون أن يذكروا الكيفية التي تم بها القسمة ، كان الصلح باطلاً (استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ١٤٨) .

أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم ، (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٧٩ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٤ وص ٤٤٦) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق م ٦٥٤/٥٣٣ : لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنسب أو بالنظام العام ، ولكن يجوز عمل الصلح في الحقوق المالية التي تنشأ عن مسائل النسب أو عن الجناح المخلة بالنظام العام . (وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥١٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٥٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٧٠٤ : ١ - يشترط أن يكون المصالح عنه ما يجوز أخذ البذل في مقابلته ، ويشترط أن يكون معلوماً إن كان مما يحتاج إلى القبض والتسليم . ٢ - ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم .

م ٧٠٥ : يشترط أن يكون بدل الصلح مالا مملوكاً للمصالح ، وأن يكون معلوماً إن كان مما يحتاج إلى القبض والتسليم .

م ٧٠٦ : يصح الصلح عن الحقوق التي أقر بها المدعى عليه أو التي أنكرها أو التي لم يبد فيها إقراراً ولا إنكاراً .

(وأحكام التقنين العراقى في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى - انظر الأستاذ حسن الذنون ص ٢٥٤ - ص ٢٥٩) .

تقنين الموجبات والعقود البنائى م ١٠٣٧ : لا تجوز المصالحة على الأمور المختصة بالأحوال الشخصية أو النظام العام ولا على الحقوق الشخصية التي لا تعد مالا بين الناس . وإنما تجوز على مصلحة مالية ناشئة عن أمر يتعلق بالأحوال الشخصية أو عن إحدى الجرائم .

م ١٠٣٨ : يجوز للفريقين أن يتصالحا على حقوق أو أشياء ، وإن كانت قيمتها غير معلومة لدهما .

م ١٠٣٩ : لا تجوز المصالحة على حق الطعام ، ولكنها تجوز على كيفية أداء الطعام أو كيفية إيفاء الأقساط المستحقة .

٣٦٩ - بطوره الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية :

الحالة الشخصية للإنسان من النظام العام ، فليس لأحد باتفاق خاص أن يعدل من أحكامها . وكذلك الأهلية من النظام العام ، وقد نصت المادة ١٤٨ مدنى على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها » .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالأهلية . فلا يجوز أن يتصلح شخص مع آخر على بنوته منه بنتى أو بإثبات ، أو على صحة الزواج أو بطلانه ، أو على الإقرار بالجنسية أو نفيا ، أو على تعديل أحكام الولاية والوصاية والقوامة ، أو على حق الحضانة . كما لا يجوز الصلح على الأهلية ، ومن كان غير أهل لا يجوز له أن يصالح غيره على أنه أهل ، أو كان أهلا لا يجوز له بالصلح النزول عن أهليته ، ولا يجوز الاتفاق صلحا على التعديل من أحكام الأهلية :

ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية التى تترتب على الحالة الشخصية^(١) . فيجوز للمطلقة أن تنزل عن مؤخر صداقها وعن نفقة العدة . ويجوز لمن له حق النفقة على غيره أن ينزل عما يستحقه من نفقة مدة معينة^(٢) ، لا أن ينزل عن حق النفقة ذاته . ويجوز للوارث أن

= م ١٠٤٠ : تجوز المصالحة على الحقوق الإرثية المكتسبة مقابل بدل يكون أقل من الحصة الشرعية المقررة فى القانون ، بشرط أن يكون ذوا العلاقة عالمين بمقدار التركة .

(وأحكام التقنين البنائى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٩ .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢٠ ص ٢٥١ - ص ٢٥٢ - ويجوز له أيضاً

أن يقسط النفقة المستحقة .

يتخارج مع بقية الورثة على نصيبه في الميراث ، لا أن يصالح على صفته كوارث^(١) .

ويجوز الصلح كذلك على المصالح المالية التي تترتب على الأهلية . فيجوز للقاصر بعد بلوغه سن الرشد أن يصالح من تعاقد معه وهو قاصر على إجازة العقد بشروط معينة .

٣٧٠ - **بطلان الصلح على الجريمة** : وإذا ارتكب شخص جريمة ، فلا يجوز له أن يصالح عليها^(٢) ، لا مع النيابة العامة ولا مع المجني عليه^(٣) ،

(١) فإذا اتفق من يدعى النسب مع الورثة على أن ينزل عن دعوى ثبوت النسب وعن حقه في الميراث في مقابل مبلغ معين ، كان هذا الصلح باطلا في مجموعه ، لأن الصلح على النزول عن دعوى ثبوت النسب باطل ، والصلح على الميراث مرتبط به ، فيبطل الصلح كله لعدم التجزئة . ويكون الحكم كذلك حتى لو حدد مبلغ مستقل لكل من دعوى ثبوت النسب وحق الميراث ، لأن إدماج المسألتين في عقد واحد يكشف عن نية المتعاقدين في ربطهما إحداهما بالأخرى (لوران ٢٨ فقرة ٣٥٧ - جيوار فقرة ٧١ و فقرة ٧٦ - بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٧٣ - الأستاذ الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٩٤) . فإذا تصالح الشخص على حقه في الميراث وحده دون أن يربط ذلك بمسألة النسب ، كان الصلح صحيحاً ، ولا يمنع ذلك أن يعود من تصالح معه إلى إنكار نسبه وإلى مطالبته بإثباته إذا جددت ظروف تستدعي ذلك (الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٩٤) . أما إذا تبين أن الصلح كان قائماً في أساسه على نزول الشخص عن دعوى النسب ، وأنه اقتسم للتركة مع الآخر على هذا الأساس ، كان الصلح باطلا ولولم يذكر ذلك في المقدم (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٧٦) .

(٢) إلا في بعض المخالفات ، وقد نصت المادة ١٩ من تقنين الإجراءات الجنائية على أنه « يجوز الصلح في مواد المخالفات إذا لم ينص القانون فيها على عقوبة الحبس بطريق الوجوب أو على الحكم بشيء آخر غير الفرامة أو الحبس . ويجب على محضر المحضر أن يمرض الصلح على المتهم ويثبت ذلك في المحضر . وإذا لم يكن المتهم قد سئل في المحضر ، وجب أن يمرض عليه الصلح بإخطار رسمي » .

(٣) وكما أن النيابة العامة لا تضار بالصلح ، فهي كذلك لا تستفيد منه ، فلا نستخلص من تصالح المتهم مع المجني عليه أن هذا إقرار منه بالجريمة ، فقد يكون اندفع إلى ذلك خوف التشهير أو حسا للنزاع ، ويترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع (الأستاذ محمد على عرفة ص ٢٩٢) .

لأن الدعوى الجنائية من حق المجتمع وهى من النظام العام فلا يجوز الصلح عليها^(١) .

ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية التى تنشأ من ارتكاب الجريمة ، فيجوز الصلح على حق التعويض المدنى . فإذا تصالح من ارتكب الجريمة مع المجنى عليه على التعويض عن الضرر الذى أصاب الثانى ، لم يكن لهذا أن يطالب بالتعويض بعد هذا الصلح ، ولم يجوز له أن يدعى مدنياً فى الدعوى الجنائية المرفوعة على من ارتكب الجريمة ، ولا أن يرفع دعوى مدنية مستقلة بالتعويض^(٢) .

ولكن إذا اتفق شخص مع آخر على أن يسحب شكوى جنائية قدمها ضده فى مقابل مبلغ من المال ، لم يكن هذا صلحاً على التعويض المدنى . بل صلحاً على حق الشكوى الجنائية ، وهذا الحق يدخل ضمن الدعوى الجنائية ، فيكون الصلح باطلاً^(٣) . كذلك الصلح بين الدائن والمدين المحجوز عليه بعد تبديد المنقولات المحجوز عليها لا أثر له فى الدعوى الجنائية الناشئة عن التبديد ، وإنما أثره مقصور على العلاقة المدنية ما بين الدائن والمدين^(٤) .

وإذا جاز الصلح بين المسئول والمجنى عليه على التعويض المدنى ، فإنه لا يجوز الصلح فيما بين المسئولين المتعديدين على تحديد مسئولية كل منهم فى مواجهة المجنى عليه ، فتحديد هذه المسئولية من النظام العام ولا يجوز الصلح عليها^(٥) .

(١) استئناف مخطط ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٥ - بودرى وقال ٢٤ فقرة

. ١٢٦٣

(٢) بلانيول وريبير رسائتيه ١١ فقرة ١٥٧٧ .

(٣) بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٦٢ .

(٤) استئناف مخطط ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٣٢٤ .

(٥) بلانيول وريبير رسائتيه ١١ فقرة ١٥٧٧ .

٣٧١ - بطوره الصلح على مسائل أخرى من النظام العام :

ولا يجوز الصلح على الضرائب والرسوم المستحقة إذا كان الحق في تحصيلها مقررأ بصفة نهائية وليس محلاً للنزاع ، وإنما يجوز الاتفاق على تقسيطها^(١) .
أما إذا كان الحق ذاته محلاً للنزاع ، جاز الصلح ، فيجوز الصلح على الرسوم الاختيارية التي تحصيلها المجالس البلدية^(٢) .

ولا يجوز الصلح على الأحكام المتعلقة بإيجار الأماكن ، فلا يجوز أن يتفق المستأجر مع المؤجر صلحاً على أن يدفع له أجرة أكثر من الحد الأقصى المقرر قانوناً للأماكن ، وله أن يسترد ما دفعه زائداً . ولا يجوز الصلح على المسائل المتعلقة بقانون الإصلاح الزراعي فيما يتعلق بتعيين الحد الأقصى لأجرة الأراضي الزراعية .

ولا يجوز الصلح على أحكام القانون المتعلق بإصابات العمل . فإذا أصيب عامل واستحق تعويضاً بناء على هذا القانون ، لم يجوز الصلح على هذا الحق إذ يعتبر من النظام العام . كذلك لا يجوز الصلح في كثير من المسائل المتعلقة بعقد العمل الفردي ، وهي المسائل التي تعتبر من النظام العام .
ولا يجوز الصلح على الفوائد الربوية ، فإذا تصالح المدين مع الدائن على أن يدفع له فوائد أكثر من الحد الأقصى المسموح به ، كان هذا الصلح باطلاً ، وجاز للمدين أن يسترد ما دفعه زائداً^(٣) .

(١) ويعترض بعض الفقهاء على عدم جواز الصلح على الضرائب ، ويميزون بين التزام الممول بدفع الضريبة وهذا لا يجوز الصلح عليه ، وبين المبالغ المستحق عليه دفعها كضرائب وهذا كائن الديون يجوز الصلح عليها (بودري وقال ٢٤ فقرة ١٢٦٥ - وقارب بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٧٨) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠ - الأستاذ محمد علي عرفة ص ٣٩٠ هامش رقم ٤ .

(٣) استئناف وطني ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ الحماة ٢ رقم ٨٣ ص ٢٦٤ - استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١٠ ص ١٨٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ص ٣٧ .

ولا يجوز الصلح على الأموال العامة للدولة ، فهذه تخرج عن التعامل^(١) .

ولا يجوز الصلح على بطلان التصرفات الراجع إلى النظام العام ، فلا يجوز الصلح على دين قار أو دين سببه مخالف للآداب أو تعامل في تركة مستقبلية . ولكن يجوز الصلح على إجازة عقد قابل للإبطال كما قدمنا .

المبحث الثاني

السبب في عقد الصلح

٣٧٢ - **السبب بالمعنى التقليدي** : يذهب أنصار النظرية التقليدية في السبب إلى أن السبب في عقد الصلح هو الغرض المباشر الذي من أجله التزم المدين ، فيكون سبب التزام كل متصالح هو نزول المتصالح الآخر عن جزء من ادعائه . وعلى هذا الوجه يختلط السبب بالمحل في عقد الصلح اختلاطاً تاماً^(٢) .

ومن الفقهاء من يجعل السبب في عقد الصلح هو حسم نزاع قائم أو محتمل ، فإذا لم يكن هناك نزاع ، أو كان النزاع قد حسمه حكم نهائي ، فالصلح يكون باطلاً لانعدام السبب^(٣) . ويعتبر هؤلاء الفقهاء

(١) وإذا آجر ناظر الوقف العين الموقوفة بنين فاحش ، فالإيجار باطل ، والصلح على هذا الإيجار الباطل باطل مثله (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٢) . ولا يجوز لناظر الوقف الصلح على حجة الوقف ذاتها (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ١٢) .

(٢) الأستاذ محمد على عرفة ص ٣٩٥ - ص ٣٩٧ - وقارن الأستاذ محمود بخاكي الدين زكي فقرة ١٧ .

(٣) انظر في هذا المعنى كاييتان في السبب ص ٥٣ هامش رقم ١ وفقرة ١٠٥ - بودري وقال ٢٤ فقرة ١٢٥٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠١ .

وجود النزاع هو السبب الفنى للصلح ، يميزه عن غيره من العقود^(١) . ونحن نرى أن وجود نزاع بين المتصلحين هو من مقومات الصلح وليس سبباً له ، فالصلح لا يقع إلا على نزاع قائم أو محتمل وإلا لم يكن العقد صلحاً . ومن ثم يكون النزاع محلاً لعقد الصلح لا سبباً له ، والأدق أن يقال إن محل الصلح هو الحق المتنازع فيه^(٢) .

٣٧٣ - السبب بالفنى الحميى : والصحيح فى نظرنا أن السبب فى عقد الصلح هو السبب الذى تقول به النظرية الحديثة ، وهو الباعث الدافع للمتصلحين على إبرام الصلح .

فهناك من يدفعه إلى الصلح خشيته أن ينحسر دعواه ، أو عزوفه عن التقاضى بما يستتبع من إجراءات طويلة ومصروفات كثيرة ، أو خوفه من العلانية والتشهير . وهناك من يكون الدافع له على الصلح الإبقاء على صلة الرحم ، أو على صداقة قديمة ، أو الحرص على استبقاء عميل له مصلحة فى استبقائه . وكل هذه بواعث مشروعة ، فالصلح الذى يكون سببه باعثاً من هذه البواعث يكون مشروعاً .

أما الصلح الذى يكون الدافع إليه سبباً غير مشروع ، فإنه يكون

(١) بوابه فى الصلح ص ١٢٠ - الأستاذ أكثم الخول فقرة ٢١ - وقد جمع بعض الفقهاء بين الرأيين ، فجعل للصلح سبباً مزدوجاً ، هو قيام النزاع والتزام المتصلح بالنزول عن جزء من ادعائه - وذهب آخرون إلى أن السبب فى الصلح مركب من عناصر ثلاثة : التزام المتصلح بالنزول عن جزء من ادعائه ، وإرادة الطرفين المشتركة فى وضع حد للنزاع ، والباعث الذى يدفع كلا منهما إلى الصلح (فرديمسكو فى الغلط فى الصلح ص ١٧ - ص ١٩ - وانظر عرضاً لهذه النظريات المختلفة فى بوابه فى الصلح ص ١١٥ - ص ١١٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٦٨ .

باطلا ، ومن ثم إذا صالح شخص امرأة للمحافظة على علاقة بها آئمة ،
أو صالح شخص آخر على نزاع متعلق بإيجار دار حتى يتمكن من إدارتها
للعهارة ، أو حتى يتمكن من إدارتها للمقامرة ، فكل هذه البواعث غير
مشروعة ، ومتى كان الطرف الآخر على علم بها فإن الصلح يكون باطلا
لعدم مشروعية السبب (١) .

(١) استئناف مغلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٦٦ ص ٧٦ - الأستاذ محمود جمال الدين

زكى فقرة ١٧ ص ٣٥ ص ٣٦ - الأستاذ أكثم الخولي فقرة ٢٢ .

الفصل الثاني

آثار الصلح

٣٧٤ - الصلح بحسم النزاع وله أثر كاشف نسبي : أثر الصلح هو حسم النزاع الذي وقع عليه : والصلح في الأصل يكشف عن الحقوق لا ينشئها ، وأثره نسبي بالنسبة إلى الأشخاص وبالنسبة إلى السبب .
فتكلم في موضوعين : (١) حسم النزاع : (٢) الأثر الكاشف والأثر النسبي .

الفرع الأول

حسم النزاع

٣٧٥ - كيف ينحسم النزاع بالصلح وطرق الإلزام بما تم الصلح عليه : إذا أبرم صلح بين طرفين ، فإن هذا الصلح يحسم النزاع بينهما عن طريق انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين . ويستطيع كل من الطرفين أن يلزم الآخر بما تم عليه الصلح ، أو يطلب فسخ الصلح إذا لم يقم الطرف الآخر بما التزم به .

فنبحث إذن مسألتين : (١) كيف ينحسم النزاع بالصلح . (٢) طرق الإلزام بالصلح .

المبحث الأول

كيف ينحسم النزاع بالصلح

٣٧٦ - انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين

مع تفسير التنازل تفسيراً ضيقاً : ينحسم النزاع بالصلح بأن تنقضي الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين ، على أن يفسر هذا التنازل تفسيراً ضيقاً .

المطلب الأول

انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين

٣٧٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٥٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - تنحسم بالصلح المنازعات التي تناولها . »

« ٢ - ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أى من المتعاقدين نزولاً نهائياً » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً لمقتضى عقد الصلح .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٥٢١ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٥٢ - وفي التقنين المدني العراقي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٤٢ من المشروع اتمهيدى على وجه

موافق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٨١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٩ - ٤٥١) .

م ٧١٢ - ٧١٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٤٢ (١) .
ويتبين من النص السالف الذكر أن الصلح له أثران : (١) انقضاء
ما نزل عنه كل من المتصالحين من ادعاءاته . (٢) ويترتب على انقضاء
ادعاء كل منهما أن يخلص للطرف الآخر ما نزل عنه الطرف الأول .
فالصلح إذن أثر انقضاء وأثر تثبيت (٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدني السوري م ٥٢١ (مطابق) .
التقنين المدني الليبي م ٥٥٢ (مطابق) .
التقنين المدني العراقي م ٧١٢ : إذا تم الصلح ، فلا يجوز لأحد من المتصالحين الرجوع
فيه . ويملك المدعى بالصلح بدله وتسقط دعواه .
م ٧١٣ : إذا كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين ، فاستحق أو هلك كله أو بعضه قبل تسليمه للمدعى أو
استحق كله أو بعضه بعد تسليمه للمدعى ، فإن كان الصلح عن إقرار يرجع المدعى على المدعى عليه بالمدعى
به كلاً أو بعضاً ، وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت يرجع المدعى إلى دعواه بذلك المقدار .
م ٧١٤ : إذا وقع الصلح عن إقرار على مال معين عن دعوى عين معينة ، واستحق المصالح
عنه كله أو بعضه بالينة ، يتردد من بدل الصلح الذي قبضه المدعى مقدار ما أخذ بالاستحقاق
من المدعى عليه .
م ٧١٥ : ١ - إذا وقع الصلح عن إقرار على مال معين عن دعوى عين معينة ، واستحق
المصالح عنه كله أو بعضه بالينة ، يرجع المدعى عليه بمقابلته من العوض على المدعى ، ويرجع
المدعى بالخصومة فيه والدعوى على المستحق . ٢ - وإذا ادعى شخص حقاً في عين معينة لم يبينه
فصولح عن ذلك ، ثم استحق بعض العين ، فلا يستحق المدعى عليه شيئاً من العوض . وإن
استحققت العين كلها بالينة ، استرد العوض كله .
(وهذه الأحكام مستمدة من الفقه الإسلامي ، انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦١ -
فقرة ٢٦٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٤٢ : من شأن الصلح أن يسقط على وجه بات
الحقوق والمطالب التي جرت عليها المصالحة ، وأن يؤمن لكل من الفريقين ملكية الأشياء التي
سلمها إليه الفريق الآخر أو الحقوق التي اعترف له بها . إن المصالحة على دين مقابل دفع قسم
من القيمة المستحقة تسقط القسم الباقي من الدين وتبرئ ذمة المدين .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .
(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٠ -

٣٧٨ - أثر الانقضاء : إذا تنازع شخصان على ملكية دار وأرض مثلاً ، ثم تصالحا على أن تكون الدار لأحدهما والأرض للآخر ، فهذا الصلح عقد ملزم للجانبين . يلزم من خلصت له الدار أن ينزل عن ادعائه في ملكية الأرض ، ويلزم من خلصت له الأرض أن ينزل عن ادعائه في ملكية الدار :

فلا يجوز لمن خلصت له الدار أن يعود من جديد ينازع الطرف الآخر في ملكية الأرض ، وإذا عاد إلى هذا النزاع جاز للطرف الآخر أن يدفع بالصلح أو أن يطلب فسخه على النحو الذي سنراه . كذلك لا يجوز لمن خلصت له الأرض أن ينازع الطرف الآخر في ملكية الدار ، وإلا دفع هذا بالصلح أو طلب فسخه^(١) :

٣٧٩ - أثر التثبيت : وفي المثل المتقدم للصلح أثر تثبيت كما له أثر انقضاء ، والأثر الأول يترتب حتماً على الأثر الثاني .

فمن خلصت له الدار قد تثبتت ملكيته فيها ، إذ نزل الطرف الأول عن ادعائه لهذه الملكية .

ومن خلصت له الأرض قد تثبتت ملكيته فيها هو أيضاً ، إذ نزل الطرف الآخر عن ادعائه للملكية .

وسرى أن أثر التثبيت هذا أثر كاشف ، فلا يعتبر الصلح قد نقل ملكية الدار لمن خلصت له ، ولا ملكية الأرض لمن اختص بها^(٢) .

(١) وليس لأى من المتصالحين أن يعدل عن الصلح ، إلا إذا اتفق مع المتصالح الآخر على ذلك (استئناف وطى ٢٢ يوفيه سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٣٢٩ ص ٢١٠) .

(٢) ومن ثم فالصلح يقطع التقادم المكسب ، فإذا وضع أحد المتصالحين يده على أرض ثم نزل عنها صلحاً لحصه فقد قطع التقادم . وكذلك يقطع الصلح التقادم المسقط ، فإذا مضى -

وسنرى أيضاً أن التثبيت له أثر نسبي ، فهو مقصور على المحل الذي وقع عليه ، وعلى الطرفين اللذين وقع بينهما ، وعلى السبب الذي وقع من أجله :

المطلب الثاني

تفسير التنازل تفسيراً ضيقاً

٣٨٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٥٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً ، وأياً كانت تلك العبارات فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التي كانت وحدها بصفة جلية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح »^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٦٥٦/٥٣٤^(٢) :

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٥٢٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٥٤ - ولا مقابل له في التقنين المدني

على الدين عشرين مثلاً وسلم به المدين للدائن صلحاً فقد قطع التقادم . انظر استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٧ - ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٢ .

ويقطع الصلح مدة انقضاء الخصومة (استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٧٣ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٣٢ - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٧٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٤٦ من المشروع التمهيدي على وجه موافق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخل بعض تحويلات لفظية طفيفة فأصبح النص مطابقاً ، وصار رقمه ٥٨٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٥ - ص ٤٥٧) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٥٦/٥٣٤ : الترتيب الحاصل بالصلح يلزم تأويله بالدقة

بحسب ألفاظه ، ومهما كانت هذه الألفاظ لا يؤول الترك إلا على الحقوق المنحصرة في موضوع المادة الواقع فيها الصلح .

(وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .

العراقى - ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٤٤ (١).

٣٨١ - قاضى الموضوع هو الذى يفسر الصلح : وقاضى الموضوع

هو الذى يفسر عقد الصلح ، شأن الصلح فى ذلك شأن غيره من العقود . ولا يخضع قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض فى التفسير ، ما دام يستند فى تفسيره إلى أسباب سائغة ، وما دام لم يمسح العقد ، وإلا نقض حكمه (٢) . ويقدر قاضى الموضوع بوجه خاص ما إذا كان الصلح قابلاً للتجزئة تبعاً لقصد العاقلين ، إذ الأصل فى الصلح كما قدمنا أنه غير قابل للتجزئة ما لم يتبين من عبارات العقد أو من الظروف أن المتعاقدين قد انفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض (٥٥٧ / ٢ مدنى) ، وقد تقدم بيان ذلك (٣) .

على أنه لما كان الصلح يحسم نزاعاً معيناً بين طرفين عن طريق نزول كل منهما عن جزء من ادعائه ، فإن هذا النزول المتبادل يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً ، ويجب فى الوقت ذاته أن يكون أثر الصلح مقصوراً على النزاع الذى تناوله (٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٥٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٥٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل ، ولكن الحكم تطبيق للقواعد العامة . انظر الأستاذ حسن

الذنون فقرة ٢٧٢ .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٤٤ : يجب تفسير عقد المصالحة بمعناه الضيق ، ولا يجوز ، أيا كان نصه ، أن يطبق إلا على المنازعات والحقوق التى جرى عليها الصلح .

(وأحكام التقنين اللبنانى تنفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٢ ص ٢٩٩ - ٢٠ يناير

سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٤ ص ٧٠٥

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٦٧ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الصلح مقدر ينضم به النزاع بين طرفيه فى موضوع =

٣٨٢ - التفسير الضيق لفرد الصلح : تنازل المتصالح عن جزء من ادعائه يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً ، شأن التنازل في الصلح في هذا التفسير الضيق شأن كل تنازل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويجب أن تفسر عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح بمعناها الضيقة ، فإذا تضمن الصلح تنازلاً عن فوائد الدين مثلاً ، فسر التنازل بأنه مقصور على ما استحق منها لا على ما يستحق » (١) .

وإذا تصالح أحد الورثة مع الورثة الآخرين على استحقاق فى التركة ، وجب أن يفسر الصلح على أن الوارث إنما تصالح على استحقاقه باعتباره وارثاً . فإذا ظهر بعد ذلك أن المورث قد أوصى له بمال فى التركة ، فإن الصلح لا يتناول هذه الوصية ، وللوارث أن يرجع بالموصى به على التركة ، ولا ينجح عليه بالصلح .

وإذا تصالح الشريك مع شركائه على ما يستحق من أرباح فى الشركة ، فإن هذا الصلح لا يشمل إلا ما استحقه فعلاً من أرباح ، لا ما قد يستحقه فى المستقبل .

وإذا تصالح المضرور مع المسئول على التعويض المستحق له بسبب الإصابة ، فإن الصلح يجب هنا أيضاً أن يفسر تفسيراً ضيقاً ، فلا يشمل إلا الإصابة التى كانت ظاهرة وقت الصلح ، فإذا ظهرت مضاعفات بعد ذلك ، فتولد عن الإصابة عاهة مستديمة مثلاً أو مات المصاب من

ممين على أساس نزول كل منهما عن بعض ما يدعيه قبل الآخر ، ولهذا يجب ألا يتوسع فى تأويله وأن يقصر تفسيره على موضوع النزاع (نقض مبنى ١٦ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٢ ص ٢٩٩ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٦ .

أثر الإصابة ، فإن الصلح لا يكون قد تناول شيئاً من ذلك ، وللمضرور أو لورثته من بعده أن يرجع بتعويض آخر على المسئول بسبب ما جدد من الضرر ، ولا يحتاج عليه بالصلح السابق^(١) . وقد سبق أن تناولنا هذه المسألة ، وقلنا إنه حتى لو تصالح المضرور مع المسئول على جميع الضرر الذى يحدث له ، فإن ذلك لا يمنع من أن يكون المضرور قد وقع فى غلط جوهري فى شأن هذا الضرر ، ولم يكن يتوقع أن الإصابة ستؤدى إلى عاهة مستديمة أو تفضى إلى موته ، ومن ثم يجوز له أو لورثته أن يطلب إبطال الصلح للغلط . وحتى إذا نزل المصاب فى الصلح عن حقه فى المطالبة بأى تعويض إضافي ، فإن ذلك لا يكفى لافتراض إجازته لنتائج هذا الغلط الجوهري ، لأن الإجازة الصادرة ممن وقع فى غلط لا تصح قبل أن يكشف عن هذا الغلط^(٢) .

٣٨٣ - الأثر النسبي للمصلح فيما يتعلق بالأصلح : ومما يترتب على تفسير الصلح تفسيراً ضيقاً أنه يجب أن يكون أثر الصلح مقصوراً على النزاع الذى تناوله ، دون أن يمتد إلى أى شيء آخر^(٣) . على أن هذا الأثر النسبي هو أثر العقد بوجه عام ، فإله قد يقتصر أثره على من كان

(١) نقض جنائي ١٣ مارس سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٢١٢ ص ٥٦٥ - الأستاذ محمد على عرفة ص ٤٠٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٦٥ - والصلح الحاصل بين الحكومة وأحد المقاتلين ، بقصد تسوية الحساب بينهما نهائياً ، لا يتضمن تنازل الحكومة عن الضمان العشري للمنشآت التي أقامها هذا الأخير (استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٢) . انظر أيضاً : استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٩ - ١٢ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٧٩ (لم يعرض الصلح لمصروفات الدعوى ، فأخرجت المصروفات من الصلح وجعلت على عاتق المدعى) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٦ - استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٣٠ .

طرفاً فيه وعلى المحل الذي تناوله . ولكن الصلح في هذا الصدد أكثر بروزاً ، لأن القاعدة فيه أن يكون تفسيره ضيقاً . فإذا تصالح وارث مع بقية الورثة على ميراث اقتصر الأثر على الميراث الذي تناوله الصلح ، ولا يتناول ميراثاً آخر يشترك فيه أيضاً بقية الورثة . وإذا تصالح موصى له مع الورثة على وصية ، لم يتناول إلا الوصية الذي وقع النزاع بشأنها ، فلا يشمل وصية أخرى للموصى له تظهر بعد ذلك (١) .

(١) والصلح الحاصل بين دائتي الشركة لا يشمل الديون التي على أحد الشركاء بصفته الشخصية ، فلا يقبل من هذا الشريك أن يحتج بالصلح الحاصل على ديون الشركة (مصر الكلية ٧ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٤٠ ص ٨١ - والحكم خاص بصلح الدائنين مع شركة مفلسة) . وإذا نزل أحد المتصلحين عن كل ماله من حقوق وادعاءات قبل الآخر ، لا يمتد الصلح إلا إلى الحقوق التي واجهها وقت التعاقد وجملاً منها موضوعاً له (استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م - ٣٠ ص ٢٥٩) . فالصلح الذي نص فيه على أن المتصلحين قد سويا نهائياً جميع ما بينهما من حساب يجب أن يقتصر على ما قصدا حسمه من نزاع ، ولا يمكن أن يمتد إلى العلاقات الأخرى التي كانت بينهما وظلت خارجة عن موضوع العقد (استئناف مخطوط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٣٠) . ولا يؤثر الصلح الحاصل بين الموظف والحكومة على المعاش الذي يعطى بعد موت الموظف إلى ورثته ، لأن هذا المعاش خاص بهم ولا يستمدونه من المورث (استئناف مخطوط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٧٤) . وإذا تصالح شخصان في دعوى وضع اليد على أن تكون اليد لأحدهما ، ورفع الخارج دعوى الملكية ، فلا يحتج عليه بالصلح في وضع اليد ، لاختلاف محل الدعويين (استئناف مخطوط ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٥) . واستعمال المتعاقدين عبارة البراءة العامة ، بعد أن حصراً موضوع التخالص وحدوده فيما هو مبين بالصلح ، إنما يفيد عموم البراءة في نوع الحقوق التي كانت محل اعتبارهما عند التعاقد ، ولا يجوز أن تتعدى إلى غيرها (استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ٣٠٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٦١٦ - الأستاذ محمد علي عرفة ص ٤٠٦) .

ومع ذلك فقد ذهبت بعض الأحكام إلى أن الصلح لا يحسم المنازعة القائمة وقت إبرامه فقط ، بل يكون « حاسماً أيضاً لكل نزاع يثار في المستقبل متى كان هذا النزاع ناشئاً في الدعوى عقمها التي حصل فيها الصلح » (طنطا الجزئية ١٥ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٢ ص ١٩٧ - قارن استئناف مخطوط ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٩) وذلك « تحقياً »

وهذا الأثر النسبي للصالح فيما يتعاق بالحل يجعل الصالح كقوة الأمر
المقضى في شروطه ، فلا يحتاج بالصالح إلا في نزاع اتحد فيه الحل والسبب
والخصوم . وسنرى فيما يلي ، عند الكلام في الأثر النسبي للصالح ، وجوب
اتحاد السبب والخصوم ، كما رأينا هنا وجوب اتحاد الحل :

المبحث الثاني

طرق الإلزام بالصالح

٣٨٤ - طريقته : إذا أبرم الصالح بين طرفين ، استطاع كل طرف
أن يلزم الآخر بهذا الصالح ، فيمنعه من تجديد النزاع عن طريق الدفع
بالصالح . وقد يوضع في العقد شرط جزائي يوقع على من يخل بالتزامه
بمقتضى عقد الصالح أو يرجع إلى النزاع الذي انحسم .
كما يجوز ، إذا أخل أحد المتصلحين بالتزاماته في الصالح ، أن
يطلب المتصالح الآخر فسخ العقد ، إذ الصالح عقد ملزم للجانبين كما قدمنا
فإذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للآخر طلب الفسخ .

المطلب الأول

الدفع بالصالح والشرط الجزائي

٣٨٥ - الدفع بالصالح : إذا انحسم النزاع بالصالح ، لم يجز لأى من
المتصلحين أن يجدد هذا النزاع ، لا بإقامة دعوى به ، ولا بالمضى في

= لما قصده المتعاقدان » (قنا الكلية ٣٠ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٠٥ ص ١٠٠٧) .
فإذا تنازلت وارثة في عند الصالح عن « باقى حقوقها الآيلة لها بالميراث الشرعى عن والدها » ،
لم يجز لها المطالبة بريع الأتيان التى استولت عليها مقابل هذا التنازل ، لأن هذا الريع « هو من
باقى حقوقها الآيلة لها بالميراث الشرعى عن والدها التى تنازلت عنها بمحضر الصالح » ، فضلا
عن أن الريع تابع للنزاع في الملكية الذى حسمه الصالح ، والفرع يتبع الأصل (طنطا الجزئية
وقنا الكلية في الحكمين المشار لهما - وانظر الأستاذ محمود جمال الدين زكى فقرة ٢٥ ص ٥٣) .

الدعوى التى كانت مرفوعة ، ولا بتجديد هذه الدعوى . ويستطيع المتصالح الآخر أن يدفع بالصالح الدعوى المقامة أو المطلوب المضى فيها أو المجددة (١) .

وإذا كانت الدعوى مرفوعة بين خصمين ، واصطلحا ، انتهت الدعوى بالصالح . ولا يصح الاستمرار فى إجراءات الدعوى بعد الصلح ، وتنقضى ولاية المحكمة على الخصومة ، فلا يصح أن تحكم فيها حتى بالمصروفات . وإذا لم يكن الخصمان قد اتفقا فى الصالح على شىء فيما يتعلق بالمصروفات ، تحمل كل خصم ما صرفه (٢) . ولا يجوز بعد الصلح وانقضاء الدعوى أن يتدخل خصم ثالث أضر الصلح بحقوقه ، وليس له إلا أن يرفع دعوى مستقلة بذلك (٣) .

(١) استئناف مخطط ٧ يونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٨٩ - وقارن استئناف مخطط ١٢ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٧٩ (حيث لم يعرض الصلح لمصروفات الدعوى ، فجملت على عاتق المدين - وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم انظر آنفاً فقرة ٣٨٢ فى الهامش) .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٨٩ - ولكن إذا تدخل خصم ثالث أضر الصلح بحقوقه فى الدعوى ، وطعن فى الصلح بالبطلان ، فالظاهر أنه لا يجوز رفض تدخله إلا على أساس أن الصلح صحيح وأنه قد قضى الدعوى ، فيجب إذن على المحكمة بادئ ذى بدء أن تقبل تدخله وتنظر فى صحة الصلح ، فإن حكمت بصحته انقضت الدعوى (استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٧٤ - ١٥ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٥) . وإذا تم الصلح بين الخصمين بعد صدور حكم من محكمة أول درجة ، واستؤنف الحكم ، فمحكمة الاستئناف تنظر فى صحة الصلح إذا طعن فيه ، فإن قضت بصحته حكمت بعدم قبول الاستئناف (أنيسكلويدي دالوز ه لفظ transaction فقرة ١٠٣) . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن الطعن فى الصلح لا يكون فى الأصل أمام محكمة الاستئناف التى تنظر الاستئناف المرفوع عن القضية التى وقع فيها الصلح ، بل يجب أن ترفع به دعوى مستقلة (٧ يونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٨) ، وتكلف محكمة الاستئناف الطرف الذى يطعن فى الصلح إذا كان ظاهر الصحة برفع دعوى مستقلة ، وتوقف نظر الاستئناف حتى ثبت للمحكمة المختصة بنظر صحة الصلح فى هذا الأمر ، أما إذا كان الصلح غير ظاهر الصحة لانعدام الصفة أو لعدم الحصول على الإذن الواجب =

ولما كان الدفع بالصلح لا يعتبر من النظام العام ، فإنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولكن يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (١) .

فإذا انقضت الدعوى بالصلح ، لم يبق أمام الخصم الذى له مطعن على هذا الصلح إلا أن يرفع دعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة يطعن بها فى الصلح (٢) ، كأن يطلب إبطاله لغلط فى الواقع أو لتدليس أو لإكراه ، أو يطلب بطلانه لعدم مشروعية المحل أو لعدم مشروعية السبب . ويجوز لدائن المتصالح أن يطعن فى الصلح بالدعوى البولصية ، وذلك بدعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة ، إذا أثبت أن الصلح إنما وقع تواطؤاً ما بين المتصالحين إضراراً بحقوقه ، ولا بد من التواطؤ لأن الصلح من عقود المعاوضة كما قدمنا ، ونسرى هنا القواعد العامة المقررة فى الدعوى البولصية (٣) .

= من المحكمة فإن محكمة الاستئناف تقضى ببطلانه وتمضى فى نظر الاستئناف (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٥ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٠١) . ولكن محكمة النقض قضت بأن المنازعة فى شأن عقد الصلح ليست إلا فرعاً من المنازعة فى الحق المصطلح عليه المطروح أمام المحكمة ، والقاعدة أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع ، فإذا قدم الطاعن إلى المحكمة عقد الصلح المحرر بينه وبين الخصوم محتجاً به عليهم طالباً مؤاخذه بهم ، ترتب على ذلك قانوناً حق الخصوم فى الطعن عليه ودفع حججه عنهم ، وحق المحكمة بل واجبتها فى التعرض له والفصل فى النزاع القائم بشأنه بين الطرفين ، وحكم هذا العقد حكم كل دليل يقدم إليها فتقول كلمتها فيه أخذاً به أو إطراحاً له (نقض مدنى ٥ يونيو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢١١ ص ٤٥٠) .

(١) بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٩٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٨٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٠٤ .

(٢) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤ - ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ م ص ٢٩٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢١ م ٣ - ٢٢٠ - أوبرى ورو وإسمان =

وإذا أراد أحد المتصالحين تنفيذ الصلح وامتنع الآخر ، ولم يكن الصلح في ورقة واجبة التنفيذ ، وجب رفع دعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة ، بتنفيذ الصلح أو بفسخه .

٣٨٦ - الموازنة بين الصلح والحكم : وهناك شبه بين الصلح والحكم في أن كلا منهما يحسم النزاع ، وفي أن الدنع بالصلح كالدفعة بقوة الأمر المنقضى يقتضى وحدة الخصوم والمحل والسبب . وقد بالغ التتبع المدنى الفرنسى فى هذا التشبيه ، حتى أنه نص فى المادة ٢٠٥٢ / ١ منه على أن « الصلح ، فيما بين الطرفين ، له قوة الأمر المقضى » .

ولكن الصلح مع ذاك يختلف عن الحكم من وجوه عدة :

١ - فالصلح قد يقع دون أن تكون هناك دعوى مرفوعة فيحسم نزاعاً محتملاً ، أما الحكم فلا يصدر إلا فى دعوى مرفوعة فيحسم نزاعاً قائماً . وإجراءات الحكم مرسومة فى قانون المرافعات ، أما الصلح فعقد كسائر العقود يتم بتوافق الإيجاب والقبول كما قدمنا .

٢ - والصلح فى الأصل لا يقبل التجزئة إلا إذا قصد المتعاقدان أن تكون أجزاؤه مستقلة بعضها عن بعض ، أما الحكم فتمكن تجزئته إذا طعن فيه بوجه من وجوه الطعن ، فيلغى جزء منه ويبقى الجزء الآخر .

٣ - والصلح يجوز الطعن فيه بعيب من عيوب الإرادة ، ولكن

= ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٦٢ - جوسران ٢ فقرة ١٤٥٣ . فالدائن فى الدعوى البوليصة يطعن فى الصلح الذى عقده مدينه ، لا على أنه عقد كشف لحق المتصالح مع مدينه فلا يكون الصلح فى هذه الحالة مفقراً للمدين ، بل على أنه عقد تواطؤ فى المدين والمتصالح معه على الإضرار بحقوقه نقل المدين حقاً له للمتصالح الآخر تحت ستار الصلح . ومن ثم يكون للدائن فى الواقع من الأمر طعنان على صلح المدين ، الطعن الأول أن هذا الصلح يستر عقداً ناقلاً للحق ، والطعن الثانى أن هذا العقد الناقل للحق الذى يستر بالصلح عقده المدين متواطئاً فيه مع المتصالح معه للإضرار بحقوقه . الدائن (انظر الأستاذ أكثم الخولى فقرة ٤٢ - وقارن بوايه فى الصلح ص ٢٤٥ - ص ٢٤٦) .

لا يجوز الطعن فيه لغلط في القانون . أما الحكم فلا يجوز الطعن فيه بعيب من عيوب الإرادة ، ويجوز الطعن فيه لغلط في القانون ، وطرق الطعن في الحكم مقررة في قانون المرافعات ، أما الطعن في الصلح فلا يكون إلا بدعوى مستقلة كما سبق القول .

٤ - والصلح يتبع في تفسيره الطرق المقررة في تفسير العقود ، أما الحكم فله طرق خاصة في طلب تفسيره بينها قانون المرافعات .

٥ - والصلح ، ما لم يكن مصداقاً عليه من المحكمة أو كان في ورقة رسمية ، لا يجوز تنفيذه إلا بدعوى مستقلة . أما الحكم فيجوز تنفيذه طبقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات . ولا يجوز أخذ حق اختصاص بالصلح ما لم يكن مصداقاً عليه من المحكمة ، أما الحكم فيجوز أخذ اختصاص به متى أصبح حكماً واجب التنفيذ^(١) .

٣٨٧ - **الشرط الجزائي المفترض بالصلح** : ويجوز أن يضع المتصالحان في عقد الصلح شرطاً جزائياً للتأخر في تنفيذه أو كجزاء على الطعن فيه ، فتتبع في ذلك القواعد العامة المقررة في الشرط الجزائي .

فإذا كان الشرط الجزائي مقررراً للتأخر في تنفيذ الصلح ، وتأخر أحد المتصالحين في تنفيذ التزاماته ، جاز للمتصالح الآخر أن يطالبه بالتنفيذ وأن يطلب تطبيق الشرط الجزائي للتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب التأخر في التنفيذ . ولكن إذا أثبت من تأخر في تنفيذ التزاماته أن الطرف الآخر

(١) انظر في كل ذلك أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧ - بودري وقال ٢٤ فقرة ١٢٩١ - بلانيول وريبير وسافيتيه ١١ فقرة ١٥٨٦ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٨٢ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى بإلزام الخصوم بما جاء في عقد الصلح الذي أبرم بينهم ، فإن حجته مقصورة على أن الصلح صدر منهم وهم أهل لإصداره ، أما ما عدا ذلك مما يدخل في بيان التزامات المتصالحين وحقوقهم ، فإن حجية الحكم لا تقتلوه (نقض مدني ٥ يونيو سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٤/٢٩٨) .

لم يلحقه ضرر بسبب هذا التأخر ، لم يكن الشرط الجزائي مستحقاً (م ٢٢٤ / ١ مدني) . كذلك يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي ، إذا أثبت من تأخر في تنفيذ الصلح أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (م ٢٢٤ / ٢ مدني) . وليس في كل هذا إلا تطبيق القواعد العامة المقررة في الشرط الجزائي .

وإذا كان الشرط الجزائي مقررأ كجزاء على الطعن في الصلح ، وطعن أحد المتصلحين فيه ، وجب التربص حتى تعرف نتيجة هذا الطعن . فإذا نجح الطاعن في طعنه وأسقط الصلح ، لم يكن الشرط الجزائي مستحقاً إذ هو يسقط مع سقوط الصلح . أما إذا لم ينجح الطاعن في طعنه وبقي الصلح قائماً ، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرجع بالشرط الجزائي على الطرف الذي لم ينجح في الطعن ، مع جواز تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه على الوجه الذي قدمناه .

وبطلان الصلح يستتبع بطلان الشرط الجزائي كما سبق القول (١) .

المطلب الثاني

فسخ الصلح

٣٨٨ - قول بعدم جواز فسخ الصلح : الصلح كما قدمنا عقد ملزم

للجانبيين ، فيرد عليه الفسخ وفقاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد . ولكن فريقاً من الفقهاء في فرنسا اعترضوا على جواز فسخ الصلح ، وبنوا هذا الاعتراض على أن الصلح كاشف للحق كما سنرى . فإذا تصالح وارثان تنازعا على ميراث دار وأرض ، فاختص أحدهما بالدار

(١) انظر في كل ذلك أوبري ورو وإسمان ١ فقرة ٤٢١ ص ٢٥٨ - ص ٢٥٩ -

يودري وقال ٢٤ فقرة ١٢٩٤ - فقرة ١٢٩٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٢ .

(الوسيط - ٢٧٢)

والآخر بالأرض ، اعتبر كل منهما مالكا لما اختص به لا بعقد الصلح بل بالميراث . فلا يتصور إذن فسخ الصلح في هذه الحالة ، ما دام كل منهما قد أقر للآخر بملكية ما اختص به ، والإقرار إخبار لا إنشاء فلا يتصور فسخه . أما إذا تضمن الصلح نقل حق لا مجرد الكشف عنه ، فعند ذلك يجوز الفسخ . مثل ذلك أن يتنازع شخصان على أرض ، فيتصالحا على أن يختص أحدهما بالأرض في نظير أن يدفع مبلغاً من المال للآخر . فهنا الصلح قد كشف عن حق الأول في الأرض ، ونقل للثاني حقاً في المال بدل الصلح . فإذا لم يف الأول بالتزامه من دفع المال إلى الثاني ، جاز للثاني المطالبة بفسخ الصلح^(١) .

٣٨٩ - جواز فسخ الصلح : ولكن الرأي المتقدم لم يسد لا في

القضاء^(٢) ولا في الفقه ، وذهب أكثر الفقهاء^(٣) إلى جواز المطالبة بفسخ الصلح كما هو الأمر في سائر العقود الملزمة للجانبين^(٤) .

(١) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٠ وفقرة ١٥٩٢ - الأستاذ محمد علي عرفة ص ٤٢٦ .

(٢) استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٥١ - الإسكندرية الوطنية ١٤ يناير سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ١٧٥ - استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٤٦ - ٢٧ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٣٤ - ٨ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٩ .

(٣) (٢) بون ٢ فقرة ٤٦١ - جيوار فقرة ٨ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٥٧ - بودري وقال ٢٤ فقرة ١٢٩٧ - ميرل فقرة ١٤٧ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٨٠ ص ٨٨٣ - جوسران ٢ فقرة ١٤٥٣ - أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٤٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى في العقود المسماة ١ فقرة ٢٨٠ - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة ٢١ ص ٤٢ - الأستاذ أكثم الخولي فقرة ٤٤ - ويتردد لوران ، فيقول بجواز فسخ الصلح (لوران ٢٨ فقرة ٣٢٨) ، ثم يقول بعدم الجواز (لوران ٢٨ فقرة ٤٢٩) . ولكنه يسلم بجواز تضمن الصلح شرطاً صريحاً بالفسخ إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته (لوران ٢٨ فقرة ٤٣٠) .

(٤) ذلك أن الصلح ينشئ التزاماته في جانب كل من المتصالحين هو ترك الجزء من ادعائه =

فإذا نازع المدين الدائن في الدين ، وتصالحا على أن ينزل الدائن عن جزء من الدين ويدفع المدين الباقي ، ثم أخل المدين بالتزامه فلم يدفع الجزء من الدين الذي تعهد بدفعه في عقد الصلح ، جاز للدائن أن يطلب فسخ الصلح ومطالبة المدين بكل الدين^(١) . ويجوز للدائن في هذه الحالة أن يطلب بتنفيذ الصلح لا بفسخه ، فيجبر المدين على دفع الجزء من الدين الذي تعهد بدفعه في عقد الصلح ، ولا يستطيع المدين عند ذلك أن ينازع في هذا الجزء فقد حسم النزاع في شأنه بالصلح . أما إذا طلب الدائن فسخ الصلح ففسخ ، جاز للمدين الرجوع إلى النزاع القديم عند مطالبته بكل الدين ، فقد فسخ الصلح الذي كان قد حسم هذا النزاع .

وفسخ الصلح تجرى فيه القواعد العامة المقررة في فسخ العقود . فيجوز لأي من المتصلحين ، إذا أخل الآخر بالتزامه ، أن يطلب إما تنفيذ الصلح إذا أمكن التنفيذ عيناً وإما فسخ الصلح . وللقاضى حق تقدير طلب الفسخ ، وله أن يرفضه ويمنح مهلة للطرف المتخلف حتى يقوم بتنفيذ التزامه .

والذي نزل عنه بالصلح ، فيلتزم إذن بعدم تجديد النزاع في هذا الجزء . فإذا أخل أحد المتصلحين بهذا الالتزام ، جاز للمتصلح الآخر أن يطلب فسخ الصلح ليلقى النزول عن الجزء من ادعائه الذي نزل عنه بالصلح . ويقول الأستاذ أكثم الخولى (فقرة ٤٦ ص ٦٧) : « أما وقد استبعدنا فكرة الإقرار عن الصلح وحلناه إلى تنازل عن حق الدعوى ، فإن فسخ الصلح لعدم التنفيذ يبدو أمراً طبعياً يقتضيه تطبيق القواعد العامة ، إذ من الطبع أن نفترض أن تنازل كل متصلح عن دعواه نهائياً خاضع لتنفيذ المتصلح الآخر لما يلزمه به الصلح » .

(١) وقد قضى بأنه إذا تضمن الصلح إبراء جزئياً من الدين ، على أن يفي المدين بانتظام في مواعيد الاستحقاق التي يحددها الصلح وإلا حل الدين بكامله ، فإن عدم الوفاء في مواعيد الاستحقاق إذا تبعه إغذار المدين يترتب عليه حلول الدين بكامله (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٤ - ٣ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٧) . لكن إذا قبل الدائن للوفاء بعد حلول ميعاد استحقاق القسط ، بل وقبل تأجيل بعض الأقساط التالية ، اعتبر تنازلاً من فسخ الصلح (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المجامعة ٢٤ رقم ١٥ ص ٢٣) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً صريحاً فى جواز فسخ الصلح ، فكانت المادة ٧٥٣ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما اتزم به فى الصلح ، جاز للطرف الآخر أن يطالب بتنفيذ العقد إذا كان هذا ممكناً ، وإلا كان له أن يطلب فسخ العقد ، دون إخلال بحقه فى التعويض فى الحالتين »^(١) . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة »^(٢) .

(١) وورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يرد الفسخ على الصلح كما يرد على أى عقد آخر ملزم للجانبين ، فإذا لم يقم أحد المتصلحين بما أوجبه الصلح فى ذمته من التزامات ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ أو التنفيذ إذا كان ممكناً ، مع التعويض فى الحالتين إذا كان له محل . فإذا فسخ الصلح اعتبر كأن لم يكن ، وعاد النزاع القديم كما كان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٤ فى الهامش) .

(٢) مجموعة التحضيرية ٤ ص ٦٤ فى الهامش - وقد نصت المادة ٧٢١ عراقى على أنه « إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما اتزم به فى الصلح ، جاز للطرف الآخر أن يطالب بتنفيذ العقد إذا كان هذا ممكناً ، وإلا كان له أن يطلب فسخ العقد ، دون إخلال بحقه فى التعويض فى الحالتين » . ونصت المادة ٧١٧ عراقى على أنه « ١ - إذا كان الصلح فى حكم المعارضة ، فللطرفين التقايل منه ، فيرجع المدعى به للمدعى وبدل الصلح للمدعى عليه . ٢ - أما إذا تضمن إسقاط بعض الحقوق ، فلا يصح التقايل منه . ونصت المادة ١٠٤٦ لبنانى على أنه « إذا امتنع أحد الفريقين عن القيام بالجهود التى قطعها فى عقد المصالحة ، حق للفريق الآخر المطالبة بتنفيذ العقد إذا كان ممكناً ، وإلا حق له أن يطلب الفسخ ، مع مراعاة حقه فى طلب بدل العطل والضرر فى الحالتين » . وغنى عن البيان أنه يجوز للمتصلحين أن يتقابلا الصلح ، ولكن لا يجوز لأحدهما أن يتفرد بذلك . ويجوز أن يستخلص التقايل ضمناً من استمرار الدعوى بين المتنازعين دون أن يدفع أيهما بالصلح الذى كان قد تم بينهما . وقد يكون التقايل جزئياً ، فيتقايلا فى جزء ما تصالحا عليه ويستبقيان الجزء الآخر (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٥) .

الفرع الثاني

الأثر الكاشف والأثر النسبي للصالح

المبحث الأول

الأثر الكاشف للصالح

٣٩٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٥٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« للصالح أثر كاشف بالنسبة إلى ما تناوله من الحقوق ، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٣٧ / ٦٥٩ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٥٢٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٥٥٣ - وفي التقنين المدني العراقي

م ٧١٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٤٣ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٤٤ من المشروع التمهيلي على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٨٢ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٥٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٢ و ص ٤٥٤ - ص ٤٥٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٣٧ / ٦٥٩ : التأمينات التي كانت على الحق الذي وقع فيه

الصالح تبقى على حالها للوفاء بالصالح ، ولكن يجوز لمن عليه تلك التأمينات أو لمن يتضرر من بقائها أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع التي كانت موجودة في حق الدين قبل وقوع الصالح .

(والنص يورد نتيجة منطقية من نتائج الأثر الكاشف) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٥٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٥٥٣ (مطابق) .

ويخلص من هذا النص أن الأثر الكاشف للصلح متصور على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها ، فإذا شمل الصلح حقوقاً غير متنازع فيها - وهو ما يسمى بادل الصلح - كان الأثر ناقلاً لا كاشفاً .

٣٩١ - الأثر الألف بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها : لم يكن التقنين المدني السابق يتضمن نصاً صريحاً في أن للصلح أثراً كاشفاً ، ولكنه نص على نتيجة من نتائج الأثر الكاشف في إبقاء التأمينات التي كانت للحق الذي وقع فيه الصلح (م ٥٣٧ / ٦٥٩) ، لأن الأثر الكاشف يمنع من تجديد هذا الحق فتبقى التأمينات التي كانت له . وقد أثر التقنين المدني الجديد أن يورد نصاً صريحاً عاماً في الأثر الكاشف للصلح ، هو نص المادة ٥٥٤ سالفه الذكر .

ومعنى أن للصلح أثراً كاشفاً بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها أن الحق الذي يخلص للمتصالح بالصلح يستند إلى مصدره الأول لا إلى الصلح . فإذا اشترى شخصان داراً في الشيوع ، ثم تنازعا على نصيب كل منهما في الدار ، وتصالحا على أن يكون لكل منهما نصيب معين ،

= التقنين المدني العراقي م ٧١٦ : ١ - الصلح عن إنكار أو سكوت هو في حق المدعى معاوضة ، وفي حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة . ٢ - فتجرى الشفعة في العقار المصالح عليه ، ولا تجرى في العقار المصالح عنه . (وهذا النص مأخوذ من أحكام الفقه الإسلامي) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٤٣ : يجب على كل من المتعاقدين أن يضمن للآخر الأشياء التي يعطيه إياها على سبيل المصالحة . وإذا استلم أحد الفريقين بحكم المصالحة الشيء المتنازع عليه ، ثم فزع هذا الشيء منه بدعوى الاستحقاق أو وجد فيه عيباً موجباً للرد ، كان ثمة وجه لفسخ عقد المصالحة كله أو بعضه أو لحقق البديل وفقاً للشروط الموضوعية للبيع . وإذا كانت المصالحة واقعة على منح حق الانتفاع بشيء لمدة من الزمن ، كان الضمان الواجب على كل من الفريقين للآخر نفس الضمان الواجب في إجارة الأشياء . (وهذا النص بوجب الضمان في المصلحة ، خلافاً لتقواعد العامة التي تقرر أن الصلح في الأصل لا يوجب الضمان في حدود الأثر الكاشف) .

اعتبر كل منهما مالكا لهذا النصيب لا بعقد الصلح بل بعقد البيع الذي اشتريا به الدار في الشيوع ، واستند بذلك حق كل منهما إلى مصدره الأول لا إلى الصلح . وإذا نزل الدائن بعقد عن جزء من الدين المتنازع فيه للمدين على أن يدفع المدين الجزء الباقي ، فهذا الجزء الباقي لا يزال مصدره العقد وهو المصدر الأول فتبقى التأمينات التي كانت للدين . وإذا تنازع شخصان على أرض ومنزل كان يملكهما مورث مشترك ، فاصطلحا على أن يختص أحدهما بالأرض والآخر بالمنزل ، اعتبر كل منهما مالكا لما اختص به ، لا من وقت الصلح بل من وقت موت المورث ، وأنه قد ملك لا بالصلح بل بالميراث^(١) .

وتذهب النظرية التقليدية في تعليل هذا الأثر الكاشف إلى أن الصلح هو إقرار من كل من المتصالحين لصاحبه ، والإقرار إخبار لا إنشاء ، فهو يكشف عن الحق لا ينشئه^(٢) . ولما اعترض على هذه النظرية بأن

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٣ - ٤٥٤ - وإذا نزلت وارثة عن جميع - توفها في تركة أبيها مقابل اثني عشر قيراطاً ، فإنها تعتبر مالكة لها من يوم وفاة أبيها ، فيبيع أحد الورثة لهذه القراريط قابل للإبطال باجباره بيما ملك الغير (الأقصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٤ ص ٢٠٢) .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع على التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٤ - بون ٢ فقرة ٦٣٠ - بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٣٢٢٧ - وانظر عرض النظرية التقليدية في بيدان ١٢ فقرة ٣٤٣ . وتقرب النظرية التقليدية بين الصلح والحكم ، إذ الصلح يؤدي إلى نتيجة قضائية بوسيلة اتفاقية ، فيكون للصلح كما للحكم أثر كاشف (مبرك فقرة ١٠٥) .

ولما كان التلقين المدنى الفرعى لم يتضمن نصاً صريحاً في الأثر الكاشف للصلح ، كما تضمن هذا النص في الأثر الكاشف للقسم (بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٣٠٢) ، فقد ذهب بعض الفقهاء (أكارياس Accarias في الصلح في القانون الرومانى وفي القانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٨٦٣ - شيفالييه في الأثر الكاشف للعقود رسالة من رن سنة ١٩٣٢) إلى أن الصلح ناقل للحقوق ، على أساس تحليل الصلح بأن كل متصالح فيه ينقل جزءاً من الحق المتنازع فيه إلى صاحبه، فينقضى هذا الجزء بالنسبة إلى المتنازل باتحاد النقة عند المتنازل له (انظر في انتقاد -

غرض كل من المتصالحين ليس هو الإقرار لصاحبه ، وإنما هو حسم النزاع بينهما بتنازل كل منهما عن جزء من ادعائه ، رد على هذا الاعتراض بأن هذا التنازل عن الادعاء يفترض فيه أنه إقرار من المتصالح لصاحبه كشف عن الحق ، فيكون الأثر الكاشف للصالح إنما هو محض افتراض (fiction)^(١) .

والنظرية الحديثة في تفسير الأثر الكاشف تذهب إلى أن المتصالح في الواقع من الأمر لا يقر لصاحبه ، وإنما هو ينزل عن حق الدعوى في الجزء من الحق الذي سلم به . فهذا الجزء من الحق قد بقي على وضعه الأول دون أن يتغير ، وإنما الصلح قد حسم النزاع فيه فخلص لصاحبه . ومن ثم يكون للصلح أثران ، فهو قاض على النزاع من حيث خلوص الحق ، وهو كاشف عن الحق من حيث بقاء الحق على وضعه الأول^(٢) .

٣٩٢ - النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للصالح : ونذكر من النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للصالح ما يأتي :

أولاً : لا يعتبر المتصالح متلقياً للحق المتنازع فيه من المتصالح الآخر ، ولا يكون خلفاً له في هذا الحق . ومن ثم لا يستطيع في مواجهة الغير أن

= هذا التحليل بيدان ١٢ فقرة ٣٤٧-بوابه في الصلح ص ٢١٣) . هذا إلى أن غرض كل متصالح من الصلح هو الحصول على ما عساه يكون للمتصالح الآخر من حقوق على الشيء المتنازع فيه لا مجرد تخلي المتصالح الآخر عن المنازعة في هذا الحق ، ومن ثم جاز فسخ الصلح لعدم التنفيذ ، وجاز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، وهذه كلها حلول لا تتفق إلا مع أن الصلح ناقل للحق لا كاشف عنه . ولكن هذه النظرية لم تسد ، وظل الأثر الكاشف للصالح هو القول السائد (أوبري وروولسمان ٦ فقرة ٤٢١ هامش رقم ١٧ - بوابه في الصلح ص ٢٧٢ - ص ٣٢٣ - ميرل فقرة ١٠٥ - فقرة ١٢١) .

(١) بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٣٠٢ - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٠ .

(٢) بوابه في الصلح ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤ - ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - أنسيكلويدي

دالوز ه لفظ transaction فقرة ١٧ وفقرة ١٣٢ .

يستعين بمسندات الطرف الآخر^(١) : فإذا خلصت لأحد المتصالحين ملكية دار ، ثم نازعه أجنبي غير المتصالح معه في هذه الدار ، لم يستطع وهو يتمسك بالتقادم في مواجهة هذا الأجنبي أن يضم مدة حيازة المتصالح الآخر إلى مدة حيازته .

ثانياً : ولا يلتزم المتصالح الآخر بضمان الحق المتنازع فيه الذي خلص للمتصالح الأول ، لأنه لم ينقل إليه هذا الحق ، والالتزام بالضمان لا يكون إلا مكملًا للالتزام بنقل الحق^(٢) . فإذا خلصت ملكية الأرض المتنازع فيها لأحد المتصالحين ، ثم استحق الأرض أجنبي ، لم يحز لمن خلصت له الأرض بالصلح أن يرجع على المتصالح الآخر بضمان الاستحقاق^(٣) .

ثالثاً : وإذا صالح الدائن بعقد المدين على أن ينزل له عن جزء من الدين المتنازع فيه في نظير أن يدفع له المدين الباقي ، فالدائن لا يزال في الباقي الذي خلص له دائناً بالعقد كما سبق القول . فلم يتجدد الدين بالصلح ، ومن ثم تبقى التأمينات التي كانت للدين المتنازع فيه ضامنة

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٠ - بيدان ١٢ فقرة ٣٦٢ - ميرل فقرة

١٤١ - الأستاذ أكرم الخولي فقرة ٤٠ - وانظر عكس ذلك الأستاذ محمد علي عرفة ص ٣٩٧ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٠ ص ١٠٤٤ - بودري وثال ٢٤

فقرة ١٣٠٦ .

(٣) قارن م ١٠٤٣ لبناني (آنفاً فقرة ٣٩٠ في الهامش) . ويلاحظ أنه حتى لو كان

الصلح ناقلاً للحق ، فإن الضمان لا يجب لأن الأصل في الحق المتنازع فيه عدم وجوب الضمان

(بروايه في الصلح ص ٣٠٠ وص ٣٤٢ - الأستاذ أكرم الخولي فقرة ٢٧) . وغنى عن البيان

أن المتصالح يضمن في جميع الأحوال فله الشخص (بودري، وثال ٢٤ فقرة ١٣٠٦) .

وانظر في أن مشروع التقنين المدني الفرنسي كان يشتمل على نص يقضي بعدم الضمان ثم حذف

لخالفته للدالة ولكن ذلك لا يغير من الحكم الواجب وهو عدم الضمان : أوبري ورو وإسمان

٦ فقرة ٤٢١ هامش رقم ١٨ .

الباقى من الدين الذى خلص للدائن بالصلح^(١) . وقد كان التقنين المبنى السابق يتضمن نصاً صريحاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٥٣٧ / ٦٥٩ تنص على أن « التأمينات التى كانت على الحق الذى وقع فيه الصلح تبقى على حالها للوفاء بالصلح ، ولكن يجوز لمن عليه تلك التأمينات أو لمن يتضرر من بقائها أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع التى كانت موجودة فى حق الدين قبل وقوع الصلح » . واحتجاج من عليه التأمينات أو من يتضرر من بقائها (كدائن مرتين ثانٍ) بأوجه الدفع التى كانت موجودة فى حق الدين قبل وقوع الصلح نتيجة طبيعة للأثر النسبى للصلح ، فأثره مقصور على المتصلحين ولا يحتج به على من كفل الدين المتنازع فيه^(٢) .

رابعاً : إذا وقع الصلح على حتى عيني عقارى ، لم يكن تسجيله واجباً فيما بين المتصلحين ، وإنما يجب التسجيل للاحتجاج به على

(١) بلانبول وريبير وسالفاتيه فقرة ١٥٩٠ . ولا يغير الصلح من طبيعة الحق ولا يؤثر فى صفاته فإذا كان قابلاً للتحويل يبق كذلك بعد الصلح (استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥) . وإذا كان قابلاً للتنفيذ لثبوت فى ورقة رسمية أولصودر حكم به ، بى كذلك بمقد الصلح ويستطيع صاحبه أن ينفذ به إذا ما فسخ المقدم لعدم قيام العاقد الآخر بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بمقتضاه (استئناف مخطط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٩ . الأستاذ محمود جبال الدين زكى فقرة ٢٣ ص ٤٧) - وإذا كان مؤجلاً أو معلقاً على شرط ، بى كذلك إلا إذا ظهر أن المتصلحين قد عدلوا من هذا الوصف (أنيسكلوبيدى دالوز ه لفظ transaction فقرة ١٤٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة قد أسست قضاءها بصحة التنفيذ بضوائد تأخير الاضطرار المستحقة من ثمن البيع على أن محضر الصلح المطلوب التنفيذ به صريح فى احتفاظ البائع بجميع حقوقه المقررة بعقد البيع ، وعلى أن عقد البيع هذا ينص على سريان الفوائد من التأخير ، فذلك منها سديد ، إذ أن عقد البيع يكون فى هذه الحالة متمماً لعقد الصلح ، ومن ثم فإن الفوائد المنصوص عليها فيه تكون كأنها منصوص عليها فى عقد الصلح (نقض مدنى ٤ طهر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٩ ص ٢٥٢) .

(٢) على أن المجعبد قد يقع بالصلح إذا صرفت إلى ذلك نية المتصلحين (استئناف مخطط ٣١ طهر سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٢ - والطرف فى المعدام التجديد استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٢٠ المخططة ١٠ رقم ٢٥٥ ص ١١٧ - وانظر الأستاذ أكرم الخولى فقرة ٢٦) .

الغير^(١) . ذلك أن المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري لا توجب التسجيل في التصرفات الكاشفة عن الحق كالصلح إلا للاحتجاج به على الغير . فإذا تصالح شخص مع آخر على عقار متنازع فيه ، فخلص له العقار ، جاز له أن يحتج بالصلح ولو لم يسجله على المتصالح الآخر . ولكن إذا كان المتصالح الآخر قد باع هذا العقار قبل الصلح أو بعده ، لم يجوز لمن خلس له العقار بالصلح أن يحتج على المشتري إلا إذا سجل الصلح ، وأيهما - المشتري أو المتصالح الأول - سبق إلى التسجيل فضل على الآخر^(٢) .

خامساً : كذلك إذا وقع الصلح على دين متنازع فيه في ذمة الغير ، فخلص هذا الدين بالصلح لأحد المتصالحين ، لم يعتبر هذا المتصالح متلقياً للدين من المتصالح الآخر ، فلا تراعى هنا الإجراءات الواجبة في حوالة الحق^(٣) .

سادساً : لما كان الصلح غير ناقل للحق ، فإنه لا يصلح سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم القصير . فلو أن عقاراً متنازعاً فيه بين شخصين خلس لأحدهما بالصلح ، فوضع هذا يده على العقار بحسن نية خمس سنوات ،

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٤ - وقبل قانون التسجيل لم يكن تسجيل الصلح واجباً حتى للاحتجاج به على الغير (استثناء مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٥٨ - ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٧) .

(٢) إلا أنه إذا كان المشتري هو الذى سجل أولاً ، جاز للمتصالح الأول أن يتنكس ضد المشتري بملكته المقار الذى كان ينازعه فيها المتصالح الآخر ، فقد يكون هو المالك الحقيقى للعقار ويكون المشتري قد اشترى المقار من غير مالك وهو المتصالح الآخر (الأستاذ أكرم الخولى فقرة ٤١) .

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٦١ - بلانهور وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٠ ص ١٠٤٤ - ولا يجوز استرداد الدين المتنازع فيه إذا وقع عليه صلح ، كما يجوز ذلك في الحوالة (أنسيكلويدى دالوزيه لفظ transaction فقرة ١٤١) .

ثم ظهر مستحق للعقار ، لم يستطع واضع اليد أن يتمسك بالتقادم القصير ، لأن الصلح ليس سبباً صحيحاً إذ هو كاشف عن الحق لا ناقل له (١) . ولكن يجوز لواضع اليد أن يتمسك بالتقادم الطويل إذا وضع يده خمس عشرة سنة .

سابعاً : إذا خلص عقار لأحد المتنازعين فيه بالصلح ، فإن الصلح وهو كاشف عن الحق لا يفتح الباب للأخذ بالشفعة ، فلا يجوز لجار أو شريك في الشيوع أن يطلب أخذ العقار بالشفعة . هذا إلى أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع (٢) ، فإذا أثبت الشفيع أن الصلح يخفى بيعاً جاز له الأخذ بالشفعة .

٣٩٣ - أثر الناقل بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع فيها :

وقد يتضمن الصلح حقوقاً غير متنازع فيها ، وفي هذه الحالة ينشئ الصلح التزامات أو ينقل حقوقاً ، فيكون له أثر منشئ أو ناقل ، لا أثر كاشف .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٤ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٦٠ - بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٣٠٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٠ ص ١٠٤٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الصلح لا تجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد ، ذلك بأن الصلح الواقع في ملكية مقابل دفع مبلغ معين من النقود ليس ناقلاً للملكية بل هو مقرر لها ، والمبلغ المدفوع صلحاً لا يمثل فيه المقار ، وإنما يمثل ما قد يكون للطرفين من حظ في كسب أو خسارة دعوى الملكية . ثم إنه بطبيعته يقتضى ترك كل طرف شيئاً من حقه ، ولا يجوز أن يفتنع الأجنبي بفائدة مقررة لمنفعة المتصالح ، كما أنه يستلزم من قبل طرفيه واجبات شخصية لا يمكن أن يحل فيها أجنبي عن المقد مثل طالب الشفعة أو الاسترداد ، هذا فضلاً عن أن نصوص القانون في الشفعة والاسترداد صريحة في أن كلا الحقيقتين لا يرد إلا على حالة البيع (نقض مدني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٤ ص ٤٨٩) . وانظر أيضاً : استئناف وطني ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٦ - استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ .

مثل الصورة التي ينشئ فيها الصلح التزاماً أن يتنازع شخصان على أرض ومنزل ، فيتصالحا على أن يختص أحدهما بالأرض والآخر بالمنزل . فإذا كان المنزل قيمته أكبر من الأرض ، واقتضى الأمر أن يدفع من اختص بالمنزل معديلاً ، مبلغاً من النقود يلتزم بدفعها لمن اختص بالأرض ، فهذا الصلح قد أنشأ التزاماً في ذمة من اختص بالمنزل هو دفع المعدل ، وهو لم يدخل في الحقوق المتنازع فيها^(١) . وقد يتصالح شخصان على حق متنازع فيه ، فيخلص الحق لأحدهما في نظير أن يلتزم بدفع مبلغ من النقود للآخر ، فهذا أيضاً قد أنشأ الصلح التزاماً لم يدخل في الحقوق المتنازع فيها . وقد يتصالح الدائن والمدين على دين متنازع فيه بينهما ، فيتفقان على أن ينزل الدائن عن هذا الدين في نظير أن يلتزم المدين بدفع جديد قيمته أقل من الدين الأصلي ، فهذا قد جدد المدين الدين الأصلي بدفع أقل ، ويكون للصلح في هذه الحالة أثر منشيء^(٢) .

ومثل الصورة التي ينقل فيها الصلح حقاً أن يتنازع شخصان على دار ، ويتصالحا على أن يختص أحدهما بالدار في نظير أن يعطى للآخر أرضاً معينة . فهذا الصلح له أثر ناقل بالنسبة إلى الأرض وهي لم تدخل في الحقوق المتنازع عليها . ومن ثم يعتبر من أخذ الأرض خلفاً لمن أخذها منه فيستطيع أن يستعين بمسئداته على دعم حقه في الأرض ، ويلتزم من أعطى الأرض بضمان الاستحقاق ، ويكون الصلح سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي ، ويجب تسجيل الصلح لنقل ملكية الأرض بالنسبة إلى الغير وفيما بين المتعاقدين ، وهذه النتائج هي عكس النتائج التي قددها للأثر الكاشف^(٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٤ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩١ .

(٣) أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٦٢ - بودوي وقال ٢٤ فقرة ١٣٠٩ - -

ولكن الصلح في الصورتين المتقدمتين يبقى كاشفاً فيما يتعلق بالحقوق المتنازع فيها كما سبق القول ، فإذا نزل شخص صلحاً عن أرض متنازع فيها للمتصالح الآخر ، في نظير أن يلتزم الآخر للأول بدفع مبلغ من النقود أو أن يعطيه داراً ، فالصلح إذا كان منشأً بالنسبة إلى الالتزام بدفع المبلغ من النقود ، ونافلاً بالنسبة إلى الدار ، فهو كاشف بالنسبة إلى الأرض لأنها هي الحق المتنازع فيه (١) .

المبحث الثاني

الأثر النسبي للصلح

٣٩٤ - مؤثر النسبي بوجه عام : الصلح ، شأنه في ذلك شأن سائر العقود ، له أثر نسبي : فهو مقصور على المحل الذي رقع عليه ، وعلى الطرفين اللذين وقع بينهما ، وعلى السبب الذي وقع من أجله . وهو في هذا يشبه الحكم ، فإن الحكم لا يكون حجة إلا عند اتحاد المحل والخصوم والسبب . ولكن الأثر النسبي للصلح يرجع إلى أنه عقد ، لا إلى قيامه على الحكم .

٣٩٥ - مؤثر النسبي في المل - إجماع : وقد رأينا كيف يكون للصلح أثر نسبي فيما يتعلق بالمحل عند الكلام في تفسير الصلح تفسيراً ضيقاً ، وبيننا كيف يجب أن يكون أثر الصلح مقصوراً على النزاع الذي

= بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩١ - وقد كانت المادة ٧٤١/٢ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتي : « وإذا تضمن الصلح إنشاء حق عيني على عقار ، أو نقل هذا الحق أو تعديله أو إنهائه ، وجب تطبيق الأحكام المتعلقة بالتسجيل » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة ، اكفاء بتطبيق القواعد العامة في التسجيل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٧ - ص ٤٤٨ وانظر آنفاً فقرة ٣٥٦ في الهامش) .

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩١ ص ١٠٤٥ .

تناوله . فإذا تصالح موصي له مع الورثة على وصية ، لم يتناول الصلح إلا الوصية الذي وقع النزاع بشأنها ، فلا يشمل وصية أخرى للموصي له تظهر بعد ذلك^(١) .

٣٩٦ - الأثر النفسي في الأشخاص : كانت المادة ٧٤٥ من المشروع

التمهيدى تنص على أنه « لا يترتب على الصلح نفع أو ضرر لغير عاقديه ، حتى لو وقع على محل لا يقبل التجزئة »^(٢) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن حكمه يستخلص القواعد العامة^(٣) :

فإذا اصطلاح أحد الورثة مع الموصي له على الوصية ، فإن الورثة الآخرين لا يحتاجون بهذا الصلح ولا يحتاج به عليهم^(٤) . وإذا كان الموصي له شخصين بوصية واحدة ، وصالح الوارث أحدهما ، فإن هذا الصلح لا يحتاج به الموصي له الآخر ، ولا يحتاج به عليه^(٥) :

وإذا تصالح المصاب مع المسئول ، ثم مات من الإصابة ، فإن هذا الصلح لا يحتاج به على ورثة المصاب فيما يختص بالتعويض المستحق لهم شخصياً بسبب وفاة المصاب^(٦) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٨٣ .

(٢) ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٦٦٠/٥٣٨ ، وكانت مجرى على الوجه الآتي : « لا يجوز الاحتجاج بالصلح على من له شركة في القضية التي وقع فيها الصلح ، ولا يجوز أن يحتاج هو به أيضاً » . وهذا الحكم ، على غرض النص ، متفق مع حكم المادة ٧٤٥ من المشروع التمهيدى (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٢ - ص ٤٥٣ في الهامش .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٣

في الهامش .

(٥) بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٩٨ .

(٦) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٤ - ولا يحتاج بالصلح المبرم مع المحبي =

وإذا تصالح رب العمل مع المكاول ، فإن هذا الصلح لا يحتج به المهندس ، ولا يحتج به عليه^(١) .

وإذا أمن شخص مسؤوليته ، فصلح شركة التأمين مع المضرور لا يحتج به على المسؤول الذي أمن مسؤوليته^(٢) .

ويستثنى من القاعدة المتقدمة الذكر الصلح مع أحد المدينين المتضامين . فقد نصت المادة ٢٩٤ مدني على أنه « إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقيون . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه » . فالصلح مع أحد المدينين المتضامين يجوز إذن أن يحتج به الدائنون المتضامنون الآخرون ، ولكن لا يحتج به عليهم . وكالمدينين المتضامين الدائنون المتضامنون ، فالصلح مع أحد الدائنين المتضامين يجوز أن يحتج به الدائنون المتضامنون الآخرون ، ولكن لا يحتج به عليهم . كذلك الصلح مع المدين الأصلي يجوز أن يحتج به الكفيل ، ولكن لا يجوز أن يحتج به عليه . أما الصلح مع أحد المدينين في دين غير قابل للانقسام ، فلا يحتج به الدائنون الآخرون ، ولا يحتج به عليهم ، لانعدام النيابة التبادلية هنا سواء فيما يضر أو فيما يفيد^(٣) .

= عليه في حادثة على زوجته ، إذا تقدمت بعد وفاته بسبب تلك الحادثة مطالبة بتعويض الضرر الذي لحقها بوفاة عائلها (نقض جنائي ٢٨ ماي سنة ١٩٣٤ الهامة ١٥ رقم ٣٧) - وانظر أيضاً .
نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٤ ص ٤٩٤ - ٢٠ ماي سنة ١٩٤٨
مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٥ ص ٦٢٩ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥
ص ٧٢١ - استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٥ .

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٤ .

(٢) أنسيكلوبيدي داللو ٥ لفظ transaction فقرة ١٢٠ .

(٣) بودري وقال ٢٤ فقرة ١٢٩٩ .

وإذا صالح الوارث الظاهر على الميراث ، فإن صلحه يسرى في حق
للوارث الحقيقي ، شأن سائر تصرفات الوارث الظاهر^(١) .

٣٩٧ - الأثر النفسي في السبب : كانت المادة ٧٤٣ من المشروع
التمهيدى تنص على أنه « من تصالح على حق له أو على حق تلقاه بناء
على سبب معين ، ثم تلقى هذا الحق ذاته من شخص آخر أو بناء على
سبب آخر ، لا يكون هذا الحق الذي كسبه من جديد مرتبطاً بالصلح
السابق » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن حكمه يستخلص
من القواعد العامة^(٢) .

وهنا الأثر النسبي للصلح يتعلق بالسبب . فإذا نازع الوارث في صحة
وصية صادرة لشخصين ، ثم تصالح مع أحدهما ، فقد قدمنا أن هذا
الصلح لا يحتج به الموصى له الآخر ولا يحتج به عليه^(٣) ، وهذه هي النسبية
في الأشخاص . فإذا فرض أن الموصى له الآخر قد مات وورثه الموصى له
الأول الذي قبل الصلح ، فإنه يجوز في هذه الحالة للموصى له الأول أن
يعود إلى النزاع في الوصية فيما يتعلق بحقه في الإرث من الموصى له الثاني ،

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٤ - أنيكلويدي دالوز ه لفظ
transaction فقرة ١٢٥ - وقد يصالح الشخص عن نفسه وعن غيره مشروطاً لمصلحة هذا الغير
أو متهداً عنه ، وعند ذلك تسرى قواعد الاشتراط لمصلحة الغير أو التمدد عن الغير (بلانيول
وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٩٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤٩ - ص ٤٥٠ في الهامش . وهذا النص
يقابل المادة ١٠٤٥ من تقنين الموجبات والعمود البناني ويجرى على الوجه الآتي : « من صالح
على حق كان له أو تلقاه بناء على سبب معين ، ثم اكتسب هذا الحق نفسه من شخص آخر أو بناء
على سبب آخر ، لا يكون مقيداً بأحكام عقد المصالحة السابق فيما يتعلق بالحق الذي اكتسبه
مجدداً » . وانظر أيضاً م ٢٠٥٠ من التقنين المدني الفرنسي .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٩٦ .

ولا يستطيع الوارث أن يحتج عليه بالصلح بالرغم من وحدة المحل (وهو الوصية) ووحدة الأشخاص (وهما الوارث والموصى له الأول) . ذلك لأن السبب لم يتحد ، فالموصى له الأول تقيد بالصلح كموصى له ، وهو الآن يتقدم بسبب جديد هو الميراث من الموصى له الآخر ، ومن ثم لا يتقيد بالصلح لاختلاف السبب (١) .

كذلك إذا صالح شخص وصيه السابق على حساب الوصاية ولم يظعن في هذا الصلح ، أو صالحه على الحساب بعد انقضاء سنة من تاريخ تقديمه ، فإنه يكون مقيداً بهذا الصلح . فإذا كان له أخ لم يصالح الوصى مثله ، ومات هذا الأخ فورثه هو ، فإنه لا يكون مقيداً بالصلح فيما يتعلق بحقه في الإرث من أخيه ، ويستطيع أن يعود إلى مناقشة الحساب مع الوصى في شأن هذا الحق . ذلك لأن السبب هنا قد اختلف ، فهو قد صالح الوصى قاصراً الصلح على ما يخصه هو من حساب الوصاية ، ولا يستطيع الوصى أن يحتج عليه بصلح تقدم فيه بسبب حسابه الشخصي ، وهو الآن يتقدم بسبب آخر هو الميراث من أخيه .

(١) وقد ورد مثلاً في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى نوضحهما فيما يلي :
(أ) تصالح على أرض ادعى أنه ورثها ، ثم اشتراها بعد ذلك ، فالصلح لا يجاوز النزاع القديم إلى السبب الجديد ، ويحتج المتصالح بالبيع الصادر له رعا من الصلح على الميراث . (ب) تصالح على أرض اشتراها من أحد وبعد ذلك اشترى الأرض من على ، فالصلح لا يجاوز النزاع القديم إلى السبب الجديد ، ويحتج المتصالح بالبيع الصادر له من على (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٥٠ في الفاشر) .

فهرس

لمشتملات الكتاب

الباب الأول

عقد الهبة

مقدمة

صفحة

٣	التمريف بمقد الهبة ومقومات هذا المقد :
٥	الهبة عقد ما بين الأحياء
٨	الواهب يتصرف في مال له
١٢	دون عوض
١٥	بنية التبرع
١٩	خصائص الهبة واشتباها ببعض التصرفات الأخرى
٢١	الهبة في التقنين المدني الجديد لا تتصل بالميراث
٢٢	تنظيم عقد الهبة في التقنين المدني السابق
٢٤	تنظيم عقد الهبة في التقنين المدني الجديد
٢٥	خطة البحث

الفصل الأول - أركان الهبة

٢٦	الفرع الأول - التراضي في عقد الهبة
٢٦	المبحث الأول - شروط الانعقاد
٢٧	المطلب الأول - تطابق الإيجاب والقبول في الهبة
٢٨	§ ١ - قبول الموهوب له للهبة :
٢٨	لا بد من القبول إذ الهبة عقد
٢٩	القبول ركن موضوعي لا ركن شكل

صفحة

رجوع الواهب في الهبة قبل وصول القبول إلى علمه	٣٠
موت الواهب أو فقده لأهليته قبل وصول الإيجاب إلى الموهوب له	٣١
موت الموهوب له أو فقده لأهليته قبل القبول	٣٢
القبول الصادر من غير شخص للموهوب له	٣٤
§ ٢ - الوعد بالهبة	٣٦
صور للوعد بالإيجاب	٣٧
صور للوعد بالاتهاب	٣٨
كيف ينقذ الوعد بالهبة	٣٩
الأثر الذي يترتب على الوعد بالهبة	٤١
المطلب الثاني - شكل الهبة	٤٣
§ ١ - القاعدة العامة : الرسمية أو العينية	٤٥
مبررات الشكلية في عقد الهبة	٤٥
أولاً - شكل الهبة :	٤٧
(أ) شكل الهبة في العقار :	٤٧
أنواع الشكلية في التشريعات المختلفة	٤٧
شكلية الهبة في مصر هي الورقة الرسمية	٤٨
قبول الهبة إذا كان منفصلاً عن الإيجاب	٥٠
وجوب أن تتضمن الورقة الرسمية جميع شروط الهبة	٥١
شكل الهبة يخضع لقانون البلد الذي تمت فيه	٥٢
(ب) شكل الهبة في المنقول :	٥٣
هبة المنقول تتم بورقة رسمية	٥٣
ويجوز أن تتم هبة المنقول أيضاً بالقبض - الهبات اليدوية	٥٤
كيف يتم القبض في الهبة اليدوية	٥٧
المنقولات التي يصح أن تكون محلاً للهبة اليدوية	٦٣
الإثبات في الهبة اليدوية	٦٦

صفحة

ثانياً - جزاء الإخلال بشكل الهبة : ٦٨

(أ) بطلان الهبة لاختلال الشكل : ٦٩

اختلال شكل الهبة ٦٩

جزاء اختلال الشكل هو البطلان المطلق ٦٩

البطلان في الأصل لا تلحقه الإجازة ٧٠

(ب) التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة لميب في الشكل : ٧٢

هل يختلف عن الهبة الباطلة لميب في الشكل التزام طيمي ؟ ٧٢
التعليق الاعتيادي للهبة الباطلة في الشكل إجازة للهبة وليس تنفيذاً لالتزام

طيمي ٧٤

هبة المنقول الباطلة لميب في الشكل ٧٨

§ ٢ - الاستثناءات من وجوب الشكلية أو اللغوية في الهبة : ٧٨

أولاً - الهبة غير المباشرة : ٧٩

تحديد معنى الهبة غير المباشرة ٧٩

أمثلة على الهبة غير المباشرة ٨٠

تصرفات لا تعتبر هبات غير مباشرة ٨٣

استثناء الهبات غير المباشرة من الشكلية والبنية ٨٤

سريان الأحكام الموضوعية على الهبات غير المباشرة ٨٥

ثانياً - الهبة المستترة : ٨٦

التمييز بين الهبة المستترة والهبة غير المباشرة ٨٦

أمثلة على الهبة المستترة ٨٧

وجوب ستر الهبة بمقد آخر مستوف لشروط الانقضاء في الظاهر ٨٨

إعفاء الهبة المستترة من الشكلية ومن البنية ٩٤

خضوع الهبة المستترة لأحكام الهبة الموضوعية ٩٥

المبحث الثاني - شروط الصحة ٩٧

المطلب الأول - الأهلية في عقد الهبة ٩٧

§ ١ - أهلية الواهب : ٩٧

المسمى فيه المجهز والمجهزون والمحمول ٩٧

صفحة

الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة	٩٨
ولاية الولي والوصي والقيم في هبة المال المحجور	٩٩
البالغ الرشيد	٩٩
§ ٢ — أهلية الموهوب له :	١٠٢
الموهوب له جنين	١٠٢
الموهوب له صبي غير مميز أو مجنون أو معتوه	١٠٣
الموهوب له صبي مميز أو سفیه أو ذو غفلة	١٠٥
البالغ الرشيد	١٠٦
المطلب الثاني — عيوب الرضاء في عقد الهبة	١٠٦
تطبيق القواعد العامة	١٠٦
الغلط في عقد الهبة	١٠٧
التدليس في عقد الهبة	١٠٩
الإكراه في عقد الهبة	١١٠
الاستغلال في عقد الهبة	١١١
الفرع الثاني — المحل في عقد الهبة	١١٢
المبحث الأول — الشيء الموهوب	١١٣
تطبيق القواعد العامة	١١٣
المطلب الأول — هبة الأموال المستقبلية	١١٤
الأصل جواز التعامل في المال المستقبل	١١٥
بطلان هبة المال المستقبل	١١٦
التمييز بين المال المستقبل وملك الغير	١١٨
المطلب الثاني — هبة ملك الغير	١٢٠
حكم هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين	١٢١
حكم هبة ملك الغير بالنسبة إلى المالك الحقيقي	١٢٢
المطلب الثالث — هبة المشاع	١٢٣
هبة المشاع جائزة	١٢٣

صفحة

١٢٥ هبة الحصاة الشائعة في حالة الشيوع
١٢٥ هبة جزء مفروز من المال الشائع
١٢٧ المطلب الرابع - هبة المريض مرض الموت
١٢٧ هبة المريض مرض الموت حكمها حكم الوصية
١٢٧ الموهوب لا يزيد على ثلث التركة
١٢٧ الموهوب يزيد على ثلث التركة
١٢٨ المبحث الثاني - العوض في الهبة
١٢٩ الشروط العامة الواجب توافرها في العوض
١٣٠ صورة مختلفة للمقابل في الهبة
١٣٢ الفرع الثالث - السبب في عقد الهبة
١٣٢ تطبيق القواعد العامة في السبب
١٣٤ الهبة المقترنة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع
١٣٦ الهبات والهدايا في الخطبة
١٣٧ شرط عدم التصرف في الشيء الموهوب

الفصل الثاني - أحكام الهبة

١٤٠ الفرع الأول - الآثار التي ترتب على الهبة
١٤٠ المبحث الأول - التزامات الواهب
١٤١ المطلب الأول - نقل ملكية الشيء الموهوب
١٤١ تطبيق القواعد العامة
١٤٣ نقل الملكية في هبة المنقول
١٤٤ نقل الملكية في هبة العقار
١٤٨ المطلب الثاني - تسليم الشيء الموهوب
	تسليم الموهوب والمحافظة عليه حتى التسليم فرع عن التزام الواهب بنقل
١٤٩ ملكية الموهوب
١٤٩ اهل النفي يقع عليه التسليم

صفحة

كيف يتم التسليم	١٥١
الجزاء الذى يترتب على إخلال الواهب بالتزام التسليم	١٥٤
تبعه هلاك الموهوب قبل التسليم	٦٥٤
المطلب الثالث - ضمان التعرض والاستحقاق	١٥٦
ضمان الواهب للتعرض الصادر منه	١٥٨
ضمان الواهب للتعرض الصادر من الغير	١٥٨
ضمان الواهب لاستحقاق الموهوب	١٥٩
الاتفاق على تعديل الضمان	١٦١
المطلب الرابع - ضمان العيوب الخفية	١٦٣
متى يضمن الواهب العيوب الخفية فى الموهوب	١٦٤
ما يرجع به الموهوب له فى ضمان العيب	١٦٥
الاتفاق على تعديل الضمان	١٦٦
المبحث الثانى - التزامات الموهوب له	١٦٧
المطلب الأول - الالتزام بأداء العوض أو المقابل	١٦٨
العوض المشترك	١٦٩
من له حق المطالبة بالعوض	١٧٠
جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالعوض	١٧١
العوض هو الوفاء بديون الواهب	١٧٣
المطلب الثانى - الالتزام بنفقات الهبة :	١٧٦
الأصل أن تكون نفقات الهبة على الموهوب له	١٧٦
ولكن يجوز بالاتفاق أن تكون هذه النفقات على الواهب	١٧٦
الفرع الثانى - الرجوع فى الهبة	١٧٧
حق الرجوع فى الهبة فى الفقه الإسلامى	١٧٧
حق الرجوع فى الهبة فى التقنين المدنى	١٧٩
المبحث الأول - متى يجوز الرجوع فى الهبة	١٨٠
المطلب الأول - الرجوع فى الهبة بالتراضى	١٨٠

صفحة

التراضى على الرجوع فى الهبة موإقالة من الهبة	١٨٢
المطلب الثانى - الرجوع فى الهبة بالتقاضى	١٨٣
قيود الرجوع فى الهبة بغير التراضى	١٨٤
§ ١ - الهبات اللازمة (موانع الرجوع فى الهبة)	١٨٧
تقسيم موانع الرجوع إلى موانع قائمة وقت الهبة وموانع تطراً بعدها	١٨٩
(أ) موانع قائمة منذ صدور الهبة	١٩٠
الهبة بموضر	١٩٠
الصدقة وأعمال البر	١٩١
الهبة بين الزوجين	١٩٢
الهبة لذى رحم محرم	١٩٣
(ب) موانع تطراً بعد صدور الهبة	١٩٤
موت أحد المتعاقدين	١٩٤
زيادة الموهوب زيادة متصلة	١٩٤
هلاك الشيء الموهوب	١٩٦
تصرف الموهوب له فى الشيء الموهوب	١٩٦
§ ٢ - العذر المقبول للرجوع فى الهبة	١٩٧
أعذار الرجوع فى الهبة غير مذكورة على سبيل الحصر	١٩٩
جحد الموهوب له	٢٠٠
عجز الواهب من توفير أسباب المعيشة لنفسه أو عجزه عن النفقة على من	
تجب عليه نفقتهم	٢٠٢
أن يرزق الواهب ولداً	٢٠٣
المبحث الثانى - الآثار التى تترتب على الرجوع فى الهبة	٢٠٥
المطلب الأول - أثر الرجوع فى الهبة فيما بين المتعاقدين	٢٠٥
اعتبار الهبة كأن لم تكن	٢٠٨
رد الموهوب إلى الواهب	٢٠٩
رجوع الواهب بالثمرات	٢٠٩

صفحة

رجوع الموهوب له بالمصروفات	٢٠٩
المطلب الثاني - أثر الرجوع في الهبة بالنسبة إلى الغير	٢١١
ليس للرجوع أثر رجعى	٢١١
تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً	٢١٢
ترتيب الموهوب له على الشيء الموهوب حقاً عينياً	٢١٢

الباب الثاني

عقد الشركة

مقدمة

١ - تعريف عقد الشركة ومقوماته وخصائصه	٢١٧
تعريف عقد الشركة	٢١٧
الشركة عقد	٢١٩
مساهمة كل شريك بحصته في رأس مال الشركة	٢٢٠
نية الاشتراك والتعاون عن طريق قبول أخطار معينة	٢٢١
مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر	٢٢٢
خصائص عقد الشركة	٢٢٥
اشتباه عقد الشركة بمقود أخرى	٢٢٧
٢ - أنواع الشركات المختلفة والتمييز فيما بينها	٢٢٩
تدرج الجماعات من الأغراض غير المادية إلى الأغراض المادية	٢٢٩
الجمعيات والمؤسسات وجهيات التعاون والتقابلات	٢٣٠
الشركات المدنية	٢٣٢
الشركات التجارية	٢٣٤
الشركات المدنية ذات الشكل التجارى	٢٣٦
٣ - التنظيم التشريعى لعقد الشركة	٢٣٩
.. عقد الشركة في التقنين المدنى السابق	٢٣٩

صفحة

أولاً - عقد الشركة ينص على تعيين نصيب كل شريك في

الربح والخسارة ٢٨٠

تعيين النصيب في كل من الربح والخسارة ٢٨٠

تعيين النصيب في الربح وحده أو في الخسارة وحدها ٢٨١

النص على عدم صراحة الشريك في الربح أو في الخسارة - شركة الأسد ٢٨٢

ثانياً - عقد الشركة لا ينص على تعيين نصيب الشريك لا في

الربح ولا في الخسارة ٢٨٥

تعيين نصيب الشريك في الربح والخسارة بنسبة حصته في رأس المال ٢٨٥

نصيب الشريك في الربح والخسارة إذا كانت حصته ٢٨٦

الفرع الثالث - الشخصية المعنوية للشركة ٢٨٨

الشركة المدنية بمجرد تكوينها تصبح شخصاً معنوياً ٢٩٠

النتائج التي تترتب على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة المدنية ٢٩١

الشركة المدنية فمة مالية مستقلة عن الملة المأوية للشركاء ٢٩٢

أهلية الشركة المدنية في كسب الحقوق واستعمالها ٢٩٤

حق التقاضي ٢٩٥

مواطن الشركة وجنسياتها ٢٩٦

الاحتجاج بالشخصية على الغير - وجوب استيفاء إجراءات النشر ٢٩٨

الفصل الثاني - أحكام الشركة

الفرع الأول - إدارة الشركة ٣٠١

المبحث الأول - تعيين من يدير الشركة ٣٠١

كيف يكون التمهين ٣٠١

جواز عزل من يدير الشركة ٣٠٢

سلطات من يدير الشركة إذا كان واحداً ٣٠٧

سلطات من يديرون الشركة إذا كانوا متعددين ٣١٠

حقوق الشركة غير المظهرين ٣١٦

المبحث الثاني - عدم تعيين من يدير للشركة ... ٣١٩

لكل شريك حق الانفرد بالإدارة ... ٣٢١

حق الاعتراض ... ٣٢٢

الفرع الثاني - أثر الشركة بالنسبة إلى الشركاء ... ٣٢٣

المبحث الأول - واجبات الشريك ... ٣٢٣

بذل العناية في تدبير مصالح الشركة ... ٣٢٣

تقديم الشريك حساباً عن المبالغ التي في ذمته للشركة مع الفوائد ... ٣٢٩

المبحث الثاني - حقوق الشريك ... ٣٣٢

حق الشريك في استرداد المصروفات النافعة مع فوائدها ... ٣٣٢

تصرف الشريك في حقه في الشركة - إشراك الغير في حقه (الرديف) ... ٣٣٤

المبحث الثالث - حقوق دائني الشركة والدائنين الشخصيين للشركاء ... ٣٣٩

المطلب الأول - حقوق دائني الشركة ... ٣٣٩

حقوق دائني الشركة على أموال الشركة ... ٣٤١

حقوق دائني الشركة على أموال الشركاء الخاصة ... ٣٤٢

حقوق دائني الشركة على حصص الشركاء في الأرباح ... ٣٤٤

المطلب الثاني - حقوق الدائنين الشخصيين للشركاء ... ٣٤٦

لا حقوق للدائنين الشخصيين على أموال الشركة ... ٣٤٧

حقوق الدائنين الشخصيين على أموال الشريك الخاصة المستمدة من الشركة ... ٣٤٨

الفصل الثالث - انقضاء الشركة

الفرع الأول - أسباب انقضاء الشركة ... ٣٥٠

المبحث الأول - أسباب انقضاء الشركة من تلقاء نفسها بحكم القانون ... ٣٥٠

أسباب ترجع إلى محل الشركة وأسباب ترجع إلى الشركاء ... ٣٥٠

المطلب الأول - أسباب الانقضاء التي ترجع إلى محل الشركة ... ٣٥١

انتهاء ميعاد الشركة أو انتهاء عملها ... ٣٥١

هلاك مال الشركة ... ٣٥٦

صفحة

المطلب الثاني - أسباب الانقضاء التي ترجع إلى الشركاء	٣٦٠
موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه	٣٦١
انسحاب أحد الشركاء أو إجماع الشركاء على حل الشركة	٣٦٨
المبحث الثاني - أسباب حل الشركة بحكم من القضاء	٣٧٤
المطلب الأول - حل الشركة بحكم قضائي	٣٧٥
الأسباب التي تسوغ حل الشركة قضائياً	٣٧٦
الأثر الذي يترتب على حل الشركة قضائياً	٣٧٨
حق طلب الحل القضائي من النظام العام وهو حق شخصي للشريك	٣٧٩
المطلب الثاني - فصل أحد الشركاء أو طلب أحد الشركاء	
إخراجه من الشركة	٣٧٩
طلب أحد الشركاء فصل شريك آخر	٣٨٢
طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة	٣٨٣
الفرع الثاني - تصفية الشركة	٣٨٥
كيف تم تصفية الشركة	٣٨٥
بقاء الشخصية المعنوية للشركة وقت تصفيتها	٣٨٧
المبحث الأول - تعيين المصفي	٣٩٠
تعيين المصفي بواسطة الشركاء	٣٩٢
تعيين المصفي بواسطة القضاء	٣٩٣
تعيين المصفي بواسطة القضاء للشركة الباطلة	٣٩٥
كيف يعزل المصفي	٣٩٥
سلطة مديري الشركة قبل تعيين المصفي	٣٩٦
المبحث الثاني - أعمال التصفية	٣٩٧
المطلب الأول - تصفية مال الشركة	٣٩٧
أعمال إدارة الشركة	٤٠٠
الأعمال اللازمة لتصفية الشركة	٤٠١
الأعمال التمهيدية للتصفية	٤٠٢

صفحة

٤٠٣	استيفاء حقوق الشركة
٤٠٣	وفاء ديون الشركة
٤٠٥	بيع أموال الشركة بالقدر الضروري للتصفية
٤٠٧	حق الشركاء في مراقبة أعمال التصفية
٤٠٨	أجر المصفي
٤٠٩	المطلب الثاني - توزيع الصافي من مال الشركة على الشركاء
٤١٠	حقوق الشركاء في الصافي من مال الشركة
٤١١	توزيع ما يعادل قيمة الحصص على الشركاء
٤١٢	توزيع الأرباح بين الشركاء
٤١٣	توزيع الخسائر بين الشركاء
٤١٥	القسمة بين الشركاء

الباب الثالث

عقد القرض والدخل الدائم

مقدمة

٤١٩	التعريف بعقد القرض وخصائصه
٤٢١	القرض عقد رضائي
٤٢٣	القرض عقد ملزم للمجدين
٤٢٤	تمييز القرض عن بعض ما يلتبس به من العقود
٤٢٥	تمييز القرض عن البيع
٤٢٧	تمييز القرض عن الشركة
٤٢٨	تمييز القرض عن الوديعة
٤٢٩	تمييز القرض عن العارية
٤٣١	التنظيم التشريعي للقرض والدخل الدائم
٤٣٢	أهم الفروق بين التقنين الجديد والتقنين السابق في عقد القرض
٤٣٣	خطة البحث

صفحة

الفصل الأول - أركان القرض

٤٣٤	الفرع الأول - التراضي في عقد القرض
٤٣٤	المبحث الأول - شروط الانعقاد
٤٣٤	توافق الإيجاب والقبول كاف في عقد القرض
٤٣٥	صور مختلفة لعقد القرض
٤٣٦	إثبات عقد القرض
٤٣٧	المبحث الثاني - شروط الصحة
٤٣٧	الأهلية في عقد القرض
٤٣٨	عيوب الإرادة في عقد القرض
٤٣٩	الفرع الثاني - المحل والسبب في عقد القرض
٤٣٩	المبحث الأول - المحل في عقد القرض
٤٣٩	المطلب الأول - الشيء المقرض
٤٣٩	الشروط الواجب توافرها في الشيء المقرض
٤٤١	إقراض مال الغير
٤٤٣	المطلب الثاني - فوائد القرض
٤٤٣	لا تجب الفوائد إلا إذا اشترطت
٤٤٤	صور مختلفة لاشتراط الفوائد
٤٤٦	سعر الفائدة - إحالة
٤٤٧	المبحث الثاني - السبب في عقد القرض
٤٤٧	السبب في عقد القرض هو الباعث الدافع إلى التعاقد
٤٤٧	تطبيقات النظرية الحديثة لسبب في عقد القرض

الفصل الثاني - آثار القرض

٤٥٠	الفرع الأول - التزامات المقرض
٤٥٠	التزامات المقرض تسير التزامات البائع
٤٥١	المبحث الأول - الالتزام بنقل الملكية
٤٥١	الالتزام بنقل الملكية إذا كان الشيء المقرض نقوداً

صفحة

الالتزام بنقل الملكية إذا كان الشيء المقرض شيئاً مطلقاً غير النقود ٤٥٢

المبحث الثاني — الالتزام بالتسليم ٤٥٣

تسليم الشيء المقرض ٤٥٤

تبعه هلاك الشيء المقرض ٤٥٦

الزام المقرض بالألا يطالب برد المثل إلا عند انتهاء القرض ... ٤٥٦

المبحث الثالث — ضمان الاستحقاق ٤٥٨

التمييز بين القرض بأجر والقرض بغير أجر ٤٥٨

ضمان الاستحقاق في القرض بأجر ٣٥٩

ضمان الاستحقاق في القرض بغير أجر ٤٦٠

المبحث الرابع — ضمان العيوب الخفية ٤٦٠

التمييز بين القرض بأجر والقرض بغير أجر ٤٦٠

ضمان العيب الخفي في القرض بأجر ٤٦١

ضمان العيب الخفي في القرض بغير أجر ٤٦٢

الفرع الثاني — التزامات المقرض ٤٦٣

ما يترتب في ذمة المقرض من التزامات — تحمل مصروفات القرض ٤٦٣

المبحث الأول — الالتزام بدفع الفوائد ٤٦٤

المدة التي تدفع عنها الفوائد ٤٦٥

الزمان والمكان اللذان تدفع فيهما الفوائد ٤٦٦

الجزاء الذي يترتب على عدم دفع الفوائد ٤٦٧

استرداد غير المستحق من الفوائد المدفوعة ٤٦٨

المبحث الثاني — الالتزام برد المثل ٤٦٩

المطلب الأول — ما يردده المقرض وفي أي مكان يكون الرد ٤٧٢

رد المثل ٤٧٢

المكان الذي يجب فيه الرد ٤٧٤

صفحة

المطلب الثاني - الوقت الذي يجب فيه الرد ٤٧٥

التمييز بين ما إذا حدد للرد أجل أو لم يحدد ٤٧٥

يوجد اتفاق على أجل للرد - سقوط الأجل أو النزول عنه ٤٧٥

الرد قبل الميعاد في القرض بفوائد ٤٧٦

لا يوجد اتفاق على أجل للرد ٤٧٩

الفصل الثالث الدخل الدائم

عجالة تاريخية ٤٨٢

الفرع الأول - ترتيب الدخل الدائم ٤٨٤

المبحث الأول - الصور المختلفة لترتيب الدخل الدائم ٤٨٥

الصورة الغالبة هي عقد للقرض ٤٨٥

صور أخرى لترتيب الدخل الدائم ٤٨٦

شكل ترتيب الدخل الدائم وكيفية إثباته ٤٨٧

المبحث الثاني - الالتزام بدفع الدخل الدائم ٤٨٨

حدود هذا الالتزام ٤٨٨

من يقوم بالدفع ولمن يكون الدفع ٤٨٩

الزمان والمكان اللذان يقع فيهما الدخل ٤٩٠

الجزاء على عدم دفع الدخل ٤٩٠

أسباب انقضاء الالتزام بدفع الدخل ٤٩١

الفرع الثاني - استبدال الدخل الدائم ٤٩٢

متى يكون الاستبدال وكيف يتم ٤٩٢

المبحث الأول - متى يكون الاستبدال ٤٩٢

الاستبدال بإرادة المدين والاستبدال جبراً على المدين ٤٩٢

المطلب الأول - الاستبدال بإرادة المدين ٤٩٣

الأصل في الدخل الدائم أن يكون قابلاً للاستبدال في أي وقت شاء المدين ٤٩٤

صفحة

جوائز العقيد من قابلية الدخول للاستبدال	٤٩٥
كيف يستعمل المدين بالدخول حق الاستبدال	٤٩٦
المطلب الثاني - الاستبدال جبراً على المدين	٤٩٨
الحالة الأولى - عدم دفع الدخول سنتين متواليتين	٤٩٩
الحالة الثانية - تقصير المدين في تقديم التأمينات أو انعدام هذه التأمينات	٥٠٠
الحالة الثالثة - إعمار المدين أو إفلاسه	٥٠٦
المبحث الثاني - كيف يتم هذا الاستبدال	٥٠١
الحالات التي يتم فيها الاستبدال - التمييز بين فرضين	٥٠٢
ترتيب الدخول في مقابل مبلغ من النقود	٥٠٣
ترتيب الدخول في مقابل غير النقود أو بغير مقابل	٥٠٣

الباب الرابع

عقد الصلح

مقدمة

التعريف بعقد الصلح ومقوماته	٥٠٧
نزاع قائم أو محتمل	٥٠٨
نية حسم النزاع	٥١٠
نزول كل من المتصالحين عن جزء من ادعائه	٥١٢
تمييز الصلح عن غيره بما يلتبس به	٥١٣
خصائص عقد الصلح	٥١٧
التنظيم التشريعي لعقد الصلح	٥١٨
أهم الفروق بين التفتين الجديد والتفتين السابق في عقد الصلح	٥١٩
خطة البحث	٥٢٠

الفصل الأول - أركان الصلح

الفرع الأول - التراضي في عقد الصلح ٥٢١

المبحث الأول - شروط الانعقاد ٥٢١

توافق الإيجاب والقبول كاف في عقد الصلح ٥٢١

الصلح القضائي ٥٢٤

إثبات عقد الصلح ٥٢٧

المبحث الثاني - شروط الصحة ٥٣١

المطلب الأول - الأهلية في عقد الصلح ٥٣١

البالغ الرشيد ٥٣٢

الصبي المميز والمحجور عليه ٥٣٤

الصبي غير المميز ٥٣٥

المطلب الثاني - عيوب الرضاء في عقد الصلح ٥٣٦

وجوب أن يكون الرضاء خاليا من العيوب ٥٣٦

الغلط في القانون في عقد الصلح ٥٣٧

الغلط في الحساب ٥٤٢

الغلط في الواقع ٥٤٣

أمثلة أخرى للغلط في الواقع ٥٤٥

عدم تجزئة الصلح عند بطلانه ٥٤٩

الفرع الثاني - المحل والسبب في عقد الصلح ٥٥٤

المبحث الأول - المحل في عقد الصلح ٥٥٤

وجوب توافر الشروط العامة في المحل ٥٥٤

بطلان الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية ٥٥٦

بطلان الصلح على الجريمة ٥٥٧

بطلان الصلح على مسائل أخرى من النظام العام ٥٥٩

صفحة

المبحث الثاني - السبب في عقد الصلح	٥٦٠
السبب بالمعنى التقليدي	٥٦٠
السبب بالمعنى الحديث	٥٦١

الفصل الثاني - آثار الصلح

الصلح يحسم النزاع وله أثر كاشف نسبي	٥٦٣
الفرع الأول - حسم النزاع	٥٦٣
كيف ينحسم النزاع بالصلح وطرق الإلزام بما تم الصلح عليه	٥٦٣
المبحث الأول - كيف ينحسم النزاع	٥٦٤
انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين مع تفسير	
التنازل تفسيراً ضيقاً	٥٦٤
المطلب الأول - انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها	
كل من الطرفين	٥٦٤
أثر الانقضاء	٥٦٦
أثر التثبيت	٥٦٦
المطلب الثاني - تفسير التنازل تفسيراً ضيقاً	٥٦٧
قاضي الموضوع هو الذي يفسر الصلح	٥٦٨
التفسير الضيق لعقد الصلح	٥٦٩
الأثر النسبي للصلح فيما يتعلق بالمحل	٥٧٠
المبحث الثاني - طرق الإلزام بالصلح	٥٧٢
المطلب الأول - الدفع بالصلح والشرط الجزائي	٥٧٢
الدفع بالصلح	٥٧٢
الموازنة بين الصلح والحكم	٥٧٥
الشرط الجزائي المقترن بالصلح	٥٧٦

صفحة

المطلب الثاني - فسخ الصلح	٥٧٧
قول بدم جواز فسخ الصلح	٥٧٧
جواز فسخ الصلح	٥٧٨
الفرع الثاني - الأثر الكاشف والأثر النسبي للصلح	٥٨١
المبحث الأول - الأثر الكاشف للصلح	٥٨١
الأثر الكاشف بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها	٥٨٢
النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للصلح	٥٨٤
الأثر الناقل بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع فيها	٥٨٨
المبحث الثاني - الأثر النسبي للصلح	٥٩٠
الأثر النسبي بوجه عام	٥٠
الأثر النسبي في المحل - إحالة	٥٩٠
الأثر النسبي في الأشخاص	٥٩١
الأثر النسبي في السبب	٥٩٣

